

# DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI E REGOLAZIONE DELLE PUBLIC UTILITIES<sup>\*</sup>

*Giuseppe Bellantuono*

## **Sommario:**

1. Introduzione
2. Il diritto europeo delle telecomunicazioni
  - 2.1. Prima fase: la costruzione del consenso
  - 2.2. Seconda fase: la liberalizzazione formale
  - 2.3. Terza fase: convergenza tecnologica e oligopolio
3. Regolazione e contratti di utenza residenziale
  - 3.1. Il rapporto fra contratti di utenza e regolazione
  - 3.2. Controlli sulla qualità e risoluzione delle controversie
  - 3.3. Alcune differenze fra contratti di utenza e contratti dei consumatori
4. Conclusioni
  - 4.1. Diritto europeo dei contratti e struttura del mercato
  - 4.2. La costruzione di un nuovo equilibrio fra diritto privato e regolazione

## **1. Introduzione**

Fino a pochi anni fa, l'accostamento dei due temi indicati nel titolo di questo contributo sarebbe sembrato a dir poco eccentrico. L'assetto tradizionale del diritto dei contratti e dei servizi pubblici avrebbe reso estremamente arduo il compito di qualunque osservatore che si fosse messo alla ricerca di punti di contatto sul piano degli interessi in gioco, della natura dei problemi da affrontare o dei metodi di studio.

Nel corso dell'ultimo decennio, il diritto comunitario ha prodotto cambiamenti significativi in entrambi i settori. Per il diritto dei contratti due iniziative parallele, il Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea e la Comunicazione sul diritto contrattuale europeo, sembrano preannunciare il passaggio dagli interventi settoriali ad una legislazione più organica.<sup>1</sup> Non meno intensa è l'attività normativa che riguarda i servizi pubblici, tuttora alla ricerca di un nuovo equilibrio fra interessi degli Stati, delle imprese e degli utenti.

L'obiettivo principale delle riflessioni che seguono è di descrivere alcune delle trasformazioni avvenute nelle politiche di regolazione dei servizi pubblici e di metterle a confronto con gli sviluppi più recenti del diritto europeo dei contratti. Benché il dibattito scientifico e i documenti ufficiali degli organi comunitari tendano a perpetuare l'abituale separazione fra i due campi,<sup>2</sup> è possibile elencare una serie di considerazioni che rendono immediatamente evidenti i motivi di tale confronto.

La prima considerazione riguarda la produzione normativa che è seguita alla liberalizzazione di alcuni dei principali servizi pubblici, in particolare nei settori dell'energia (elettricità e gas) e delle telecomunicazioni. Si registra, infatti, la creazione di una disciplina speciale che non solo ammette, ma anzi presuppone la coesistenza di diritto privato e regolazione amministrativa.<sup>3</sup> E' il caso di domandarsi se la forma che tale coesistenza sta assumendo permetta di mantenere le distinzioni tradizionali. Fin d'ora è possibile escludere che la liberalizzazione abbia semplicemente prodotto l'effetto di attrarre i servizi pubblici nella sfera del diritto privato. I poteri di intervento attribuiti alle autorità indipendenti hanno invece innescato un processo di interazione fra azione amministrativa rivolta alla costruzione di mercati concorrenziali e forme di organizzazione e di tutela a disposizione dei privati. E' plausibile ipotizzare che un'osservazione ravvicinata offra indicazioni tutt'altro che scontate sul ruolo che il diritto dei contratti può assumere in settori fino a ieri dominati da monopoli pubblici.

La seconda considerazione riguarda gli obiettivi degli interventi comunitari. L'eliminazione delle barriere al commercio transfrontaliero, la tutela dei consumatori e della concorrenza rappresentano principi guida sia per il diritto europeo dei contratti che per la disciplina dei servizi pubblici. Questo dato sarebbe già sufficiente a giustificare il confronto che si propone. Ancora una volta è necessario domandarsi se la condivisione delle medesime finalità in entrambi i settori sposti i confini delle classificazioni tradizionali. Un ulteriore elemento di riflessione è rappresentato dagli adattamenti che, a causa degli obiettivi imposti dall'azione comunitaria, entrambi i corpi di regole sono costretti a realizzare. Il diritto dei contratti trainato dall'obiettivo dell'integrazione europea è sottoposto a trasformazioni non meno profonde della regolazione dei servizi pubblici trainata dall'obiettivo della concorrenza. Osservare le dinamiche di tali trasformazioni in uno dei due settori consente di ricavare indicazioni utilizzabili anche nell'altro.

L'impressione di una sostanziale coincidenza degli obiettivi è in parte smentita dall'art. 16 Trattato CE e dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: entrambi attribuiscono ai servizi pubblici un ulteriore compito di promozione della coesione sociale e territoriale. Come vedremo, questa formula apparentemente priva di concreti risvolti applicativi nasconde in realtà il tentativo di salvaguardare l'autonomia degli Stati che vogliano realizzare politiche redistributive nel campo dei servizi pubblici. La rilevanza di tale aspetto per la scelta degli strumenti di regolazione non può essere sottovalutata, ma non è certo in grado di svuotare di significato il confronto con l'evoluzione del diritto europeo dei contratti. Al contrario, il confronto è reso più interessante dalla constatazione che la costruzione di mercati concorrenziali dei servizi pubblici è realizzabile solo nel quadro dei vincoli imposti dalle politiche redistributive. Non è difficile immaginare che tali vincoli influenzeranno profondamente la nozione di contratto che si affermerà nei servizi pubblici. Questa osservazione solleva immediatamente

complessi interrogativi sul rapporto fra tale nozione e quella destinata a consolidarsi nell'evoluzione parallela del diritto privato europeo.

Tutte le considerazioni che sollecitano il confronto fra diritto europeo dei contratti e regolazione dei servizi pubblici muovono da una premessa comune: entrambi i gruppi di regole si occupano del medesimo oggetto, e cioè rapporti fra imprese e rapporti fra imprese e utenti. Questa definizione indica chiaramente che il diritto comunitario ha già prodotto un cambiamento significativo nella descrizione delle funzioni assegnate alla regolazione dei servizi pubblici. Se in passato l'attenzione era concentrata sul rapporto fra lo Stato erogatore e i cittadini-utenti, nei settori liberalizzati diventa ora cruciale l'assetto dei rapporti fra regolatori, imprese e destinatari finali del servizio.<sup>4</sup>

Il mutamento di prospettiva appena descritto è ricco di implicazioni che non possono essere approfondite in questa sede. Le pagine che seguono si limiteranno a proporre alcuni esempi dei cambiamenti in corso nei servizi pubblici, dai quali sia possibile ricavare indicazioni utili per il futuro diritto europeo dei contratti. Gli esempi saranno tratti dal settore delle telecomunicazioni, nel quale la transizione dal monopolio al mercato ha raggiunto lo stadio più maturo. Alcune delle considerazioni che saranno proposte sono estensibili agli altri servizi pubblici a rete. Tuttavia, le differenze sul piano dei rapporti fra regolatori, imprese e utenti, nonché della struttura dei mercati, consigliano di evitare generalizzazioni affrettate: le analisi orizzontali dei diversi servizi pubblici hanno il pregio di facilitare l'individuazione dei fattori che condizionano le dinamiche di ciascun settore, ma nello stesso tempo dimostrano la difficoltà di soluzioni unitarie.<sup>5</sup>

Il secondo paragrafo descrive le fasi di formazione della normativa comunitaria in materia di telecomunicazioni. L'obiettivo principale di questa parte è di mettere in luce le aggregazioni di interessi che hanno influenzato i contenuti della regolazione europea. Il terzo paragrafo concentra l'attenzione sull'attuazione a livello nazionale della regolazione europea nel campo delle relazioni fra operatori di telecomunicazioni ed utenti. Il quarto paragrafo propone alcune osservazioni conclusive sui rapporti fra diritto europeo dei contratti, struttura dei mercati e regolazione.

## **2. Il diritto europeo delle telecomunicazioni**

La liberalizzazione delle telecomunicazioni è considerata uno dei maggiori successi delle istituzioni comunitarie. In un arco di tempo relativamente breve, tutti gli Stati membri sono stati obbligati ad aprire alla concorrenza le attività ed i servizi legati alle comunicazioni telefoniche. I risultati ottenuti appaiono ancor più significativi se confrontati con le difficoltà che il processo di liberalizzazione incontra negli altri servizi pubblici. Un'analisi più ravvicinata suggerisce, però, di non enfatizzare la celebre data del 1° gennaio 1998, ufficialmente indicata come termine finale per la completa apertura dei mercati delle telecomunicazioni. La maggior parte degli Stati membri ha dato attuazione alle misure necessarie per garantire una concorrenza effettiva solo in un momento successivo. Inoltre, molti nodi cruciali della transizione dal monopolio al mercato sono ancora alla ricerca di una soluzione soddisfacente. E' sufficiente, a questo proposito, ricordare due delle contrapposizioni abitualmente esplorate dalla letteratura sul tema, la prima relativa al rapporto fra concorrenza e incentivi all'innovazione, la seconda

relativa al rapporto fra concorrenza e universalità del servizio. In entrambi i casi, la piena attuazione di uno degli obiettivi compromette irrimediabilmente il secondo. Come è avvenuto in altre parti del mondo, anche il sistema europeo di regolazione rappresenta un tentativo di compromesso fra obiettivi inconciliabili.<sup>6</sup>

Questo paragrafo cerca di mettere in luce la natura del compromesso europeo attraverso l'analisi dei processi decisionali che hanno consentito di costruire il diritto europeo delle telecomunicazioni. Le caratteristiche del modello di regolazione emerso negli anni novanta e riformato nel 2002 sono il frutto dell'interazione fra gli attori istituzionali e fra questi e determinati gruppi di interessi. Partendo da tali caratteristiche, nel paragrafo successivo sarà possibile misurare l'impatto che le politiche europee hanno esercitato sulle strutture istituzionali degli Stati membri.

L'evoluzione del diritto europeo delle telecomunicazioni può essere schematicamente suddivisa in tre fasi. La prima fase si svolge fra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta e può essere definita di costruzione del consenso: grazie al sostegno della Corte di giustizia e di alcuni settori industriali, la Commissione riesce a superare le resistenze della maggioranza degli Stati membri e ad avviare la liberalizzazione. Nella seconda fase, che potremmo chiamare di liberalizzazione formale, le misure necessarie a completare l'apertura dei mercati sono approvate con relativa facilità. La battaglia politica si sposta, però, sul terreno dei poteri di regolazione attribuiti agli Stati. In questa fase incominciano a manifestarsi alcune differenze significative nell'attuazione della legislazione comunitaria da parte degli ordinamenti nazionali. Inoltre, la resistenza alle politiche di liberalizzazione riaffiora in occasione del Trattato di Amsterdam e nelle successive richieste di una direttiva quadro sui servizi di interesse generale. La terza fase, aperta con il riesame dell'intero settore nella comunicazione della Commissione del 1999, è dominata dall'esigenza di rendere più uniformi i sistemi di regolazione degli Stati membri, di adeguare la normativa degli anni novanta alla convergenza dei mercati della trasmissione di voce, dati e video, nonché di predisporre gli strumenti necessari per fronteggiare la regolazione di mercati a struttura oligopolistica. Consideriamo ora ciascuna delle tre fasi in maggior dettaglio.

## **2.1. Prima fase: la costruzione del consenso**

I drastici cambiamenti che investono il settore delle telecomunicazioni fra la seconda metà degli anni ottanta e la fine degli anni novanta sono il risultato dell'azione combinata di tre fattori: il fattore tecnologico, il fattore internazionale e il fattore istituzionale. Come vedremo, il ruolo giocato da ciascuno di essi nel processo di liberalizzazione è oggetto di interpretazioni contrastanti.

Il fattore tecnologico è legato al passaggio dalla trasmissione analogica alla trasmissione digitale. L'avvento del microchip e della fibra ottica ha radicalmente trasformato le strategie di quattro diverse categorie di attori economici.<sup>7</sup> Per i produttori di impianti e dispositivi telefonici, l'impiego della tecnologia digitale richiedeva un incremento degli investimenti in ricerca e sviluppo, ma nessuno dei mercati nazionali era sufficientemente ampio da consentire il recupero dei costi. L'ingresso nei mercati di altri Stati membri era precluso da due circostanze: la preferenza che gli operatori telefonici pubblici accordavano ad un ristretto gruppo di fornitori nazionali e le differenze fra gli standard per le

apparecchiature (approvati dagli stessi operatori pubblici) utilizzati all'interno della Comunità europea. E' evidente, quindi, che solo la creazione di un mercato unico degli apparati di telecomunicazione avrebbe consentito ai produttori di trarre vantaggio dalla rivoluzione digitale.

Analoga esigenza era avvertita da altri due gruppi di attori, l'uno interessato ad offrire i nuovi servizi avanzati (trasmissione di dati, testi e immagini) sulla rete pubblica, l'altro interessato a realizzare reti di trasmissione alternative. Il quarto gruppo di attori favorevole alla liberalizzazione e all'armonizzazione a livello europeo era collocato dal lato della domanda: le grandi imprese multinazionali ritenevano insoddisfacente il tradizionale assetto dei monopoli pubblici perché la segmentazione dei mercati rendeva più costose le comunicazioni transfrontaliere fra le diverse sedi. Inoltre, la mancanza di servizi innovativi a basso costo creava uno svantaggio competitivo rispetto alle concorrenti americane, che disponevano di un mercato delle telecomunicazioni più dinamico.

Nel corso degli anni ottanta la convergenza di interessi fra queste quattro categorie di attori si tradusse in un'intensa attività di lobbying nei confronti delle istituzioni comunitarie. Tutti i gruppi di interessi costituirono associazioni di rappresentanza con sedi stabili a Bruxelles e cercarono di aumentare la loro influenza sull'attività legislativa.<sup>8</sup> La creazione di 'policy networks', reti di alleanze fra operatori che coordinano la loro azione a livello europeo, è senza dubbio uno degli elementi decisivi nella formazione del diritto europeo delle telecomunicazioni.<sup>9</sup> Il ruolo giocato dai gruppi di interesse, d'altra parte, chiama immediatamente in causa il secondo dei fattori menzionati in precedenza, e cioè il fattore internazionale. Uno degli argomenti usati con maggiore insistenza a sostegno delle politiche di liberalizzazione fu la perdita di competitività delle imprese europee rispetto alle imprese americane e giapponesi nel campo delle tecnologie avanzate.<sup>10</sup> I tentativi degli Stati membri di supportare le industrie nazionali si rivelarono insufficienti a colmare il divario. Questa circostanza mise la Commissione nella posizione più favorevole per avviare il cambiamento dell'assetto tradizionale. E' il caso di ricordare, inoltre, gli effetti prodotti dalla parziale liberalizzazione del mercato telefonico americano nel 1984. Gli operatori statunitensi, a cominciare da AT&T, cercarono di conquistare spazi nei mercati europei stringendo alleanze e partecipando all'attività di lobbying, sia attraverso la creazione di sedi stabili a Bruxelles (è il caso della IBM) che attraverso le associazioni di rappresentanza costituite dagli operatori europei. Nello stesso tempo, l'eliminazione dei monopoli pubblici divenne una condizione necessaria per facilitare l'ingresso delle imprese europee nel mercato americano.

Secondo alcuni autori, il fattore tecnologico ed il fattore internazionale sono sufficienti a spiegare l'avvio ed il rapido completamento del processo di liberalizzazione. La pressione degli operatori interessati all'apertura dei mercati avrebbe impedito al gruppo di Stati meno favorevole allo smantellamento dei monopoli pubblici di ostacolare le iniziative della Commissione. Quest'ultima si sarebbe limitata a svolgere un ruolo di coordinamento attraverso la creazione di "arene" nelle quali gli attori economici avrebbero definito gli obiettivi dell'azione comunitaria.<sup>11</sup>

Tale interpretazione rischia di confondere due aspetti che sarebbe opportuno mantenere separati. I fattori tecnologico ed internazionale hanno senza dubbio facilitato l'eliminazione dei monopoli. Non è chiaro, però, quale tipo di influenza abbiano esercitato sull'attività di regolazione che ha accompagnato la liberalizzazione. Né la rivoluzione digitale né l'aumento della concorrenza internazionale sono in grado di

spiegare le scelte in materia di struttura delle autorità di regolazione, di requisiti per l'ingresso nei mercati delle telecomunicazioni o di estensione del servizio universale.<sup>12</sup> Le caratteristiche della regolazione europea sono, invece, imputabili al fattore istituzionale, e cioè all'interazione strategica fra le istituzioni comunitarie, di cui descriveremo ora i passaggi fondamentali.

L'architettura del sistema europeo attribuisce alla Commissione un ruolo centrale nella promozione di politiche che favoriscano la creazione del mercato unico. Non sorprende, quindi, che la storia del processo di liberalizzazione sia dominata dalle iniziative di questa istituzione. Nel corso degli anni ottanta, due obiettivi apparivano dominanti: in primo luogo, rendere accettabile l'idea che, nonostante l'assenza di espliciti riferimenti nei trattati, i problemi delle telecomunicazioni richiedevano una gestione comune a livello sovranazionale; in secondo luogo, individuare la procedura che consentisse di raccogliere il maggior numero di consensi sui modi e sui tempi di apertura dei mercati.

Il primo obiettivo fu conseguito grazie ai programmi di collaborazione fra imprese europee per le attività di ricerca e sviluppo nelle tecnologie avanzate. La gestione di tali programmi consentì alla Commissione di dimostrare la sua capacità di coordinamento a livello europeo, di proporsi come leader dello schieramento favorevole alla liberalizzazione e di cementare i legami con gli operatori più importanti del settore, che in seguito avrebbero supportato le sue iniziative.<sup>13</sup>

Il secondo obiettivo richiese, invece, l'invenzione di una procedura del tutto peculiare, consolidata nel corso degli anni novanta ma non replicata in settori diversi dalle telecomunicazioni. Il primo documento ufficiale nel quale si prospettò un mercato europeo delle telecomunicazioni basato su standard comuni risale al 1979<sup>14</sup>, ma per diversi anni la risposta del Consiglio fu estremamente cauta. Nel 1984 due raccomandazioni invitarono gli Stati membri ad ammettere in via sperimentale offerte di altre imprese europee per gli appalti di dispositivi di telecomunicazioni e ad adottare orientamenti comuni per rendere compatibili i servizi offerti nei diversi paesi.<sup>15</sup> Nel 1986 la direttiva del Consiglio 86/361/CEE introdusse il riconoscimento reciproco dei test di conformità richiesti per l'omologazione delle apparecchiature terminali di telecomunicazioni. Questa misura ebbe un impatto limitato, perché non intaccava i monopoli statali e subordinava il riconoscimento reciproco all'approvazione degli standard da parte della Conferenza Europea delle Amministrazioni delle Poste e Telecomunicazioni (CEPT), organismo dominato dagli operatori pubblici.<sup>16</sup>

Un approccio basato esclusivamente sul coordinamento fra gli Stati non avrebbe consentito di ottenere progressi significativi in direzione dell'apertura dei mercati. Un deciso cambiamento di prospettiva si verifica nel 1987 con la presentazione del Libro verde sulle telecomunicazioni.<sup>17</sup> Sfruttando i ben noti argomenti del cambiamento tecnologico e del ritardo dell'Europa rispetto a Stati Uniti e Giappone, la Commissione propose di introdurre la concorrenza nel mercato delle apparecchiature terminali e dei servizi avanzati. La possibilità di conservare il monopolio pubblico sarebbe stata ammessa per le infrastrutture di rete e per i servizi di base, ma si richiese come contropartita di adottare il principio della rete aperta (ONP, Open Network Provision), e cioè l'accesso libero e a condizioni eque alla rete controllata dagli operatori pubblici. Un'ulteriore garanzia per l'introduzione di una concorrenza effettiva fu individuata nel trasferimento ad un'autorità indipendente delle funzioni di regolazione (in materia di licenze, omologazione, interfacce tecniche e frequenze) fino ad allora esercitate dagli operatori pubblici.

La consultazione che seguì la pubblicazione del Libro verde confermò il sostegno di produttori e fornitori di servizi alle proposte della Commissione.<sup>18</sup> A questo punto, i tempi erano maturi per imprimere un'accelerazione al processo di riforma. Ancor prima che il Consiglio avesse il tempo di rendere nota la sua posizione sul risultato della consultazione pubblica, la Direzione generale IV (Concorrenza) predispose una direttiva che prevedeva l'immediata liberalizzazione dei mercati per le apparecchiature terminali di telecomunicazioni. La direttiva fu successivamente emanata senza l'approvazione del Consiglio, sulla base della previsione contenuta nell'art. 86 (ex art. 90), terzo comma, Trattato CE.<sup>19</sup>

Si tratta di un passaggio cruciale per il futuro delle telecomunicazioni europee. Il ricorso al terzo comma dell'art. 86 dimostra che la Commissione è in grado di aggirare le resistenze degli Stati membri. Come testimonia la Risoluzione del giugno 1988, le posizioni del Consiglio sono in netto contrasto con il cambiamento radicale innescato dalla direttiva Terminali. L'accento è posto ancora una volta sull'obiettivo dell'armonizzazione e della collaborazione fra gli Stati. La liberalizzazione non è esplicitamente menzionata, né sembra dover assumere il ruolo di obiettivo principale dell'azione comunitaria.<sup>20</sup> Tuttavia, la Commissione è ormai in grado di negoziare da una posizione di vantaggio. Nel giugno del 1989 pubblica una nuova direttiva per la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni (diversi dal servizio telefonico di base), servendosi ancora una volta del terzo comma dell'art. 86, ma evita di notificarla immediatamente agli Stati membri. Il suo obiettivo è di utilizzarla come strumento di pressione per raggiungere un accordo con il Consiglio, che nel frattempo è impegnato nella discussione della direttiva quadro sull'attuazione dei principi ONP.

Nel dicembre del 1989 le due istituzioni arrivano ad un compromesso: la Commissione accetta di modificare la direttiva sui servizi autorizzando gli Stati membri a restringere la concorrenza nei servizi di trasmissione dei dati per il grande pubblico, qualora tale misura sia necessaria per non compromettere la disponibilità e qualità del servizio; inoltre, riconosce che le direttive basate sul terzo comma dell'art. 86 potranno essere emanate solo dopo aver ottenuto il consenso del Consiglio.<sup>21</sup> A conferma della ritrovata concordia, nel giugno del 1990 la Commissione emana la direttiva sui servizi contemporaneamente all'approvazione definitiva della direttiva del Consiglio sui principi ONP.<sup>22</sup>

La decisione di accettare il compromesso del 1989 sembrerebbe indicare che, nonostante il potere concesso dal terzo comma dell'art. 86, la Commissione non avrebbe attuato il programma di liberalizzazione senza il consenso di una maggioranza qualificata del Consiglio. Le implicazioni di questa interpretazione potranno essere valutate in modo più accurato dopo aver esaminato la seconda fase del processo di liberalizzazione. Per il momento limitiamoci a ricordare il sostegno decisivo che la Corte di giustizia offrì alle direttive della Commissione. Nonostante il compromesso del 1989, alcuni Stati cercarono di far prevalere un'interpretazione restrittiva del terzo comma dell'art. 86, che privasse la Commissione del suo principale strumento di pressione. Già nel 1985 la Corte aveva affermato la possibilità di configurare un abuso di posizione dominante a carico dell'impresa pubblica titolare del monopolio telefonico.<sup>23</sup> Nel caso delle direttive Terminali e Servizi, la controversia non riguardava il semplice esercizio di diritti speciali ed esclusivi, ma la loro stessa esistenza. Decidendo a favore della Commissione con due sentenze successive, la Corte autorizza il ricorso al terzo comma dell'art. 86 e legittima la procedura che sarà utilizzata nel corso degli anni novanta per completare la liberalizzazione.<sup>24</sup>

## **2.2. Seconda fase: la liberalizzazione formale**

L'intensa attività legislativa degli anni novanta conferma che l'apertura dei mercati è un obiettivo ormai condiviso da un ampio schieramento. All'inizio del decennio, due risoluzioni del Consiglio accolgono le proposte della Commissione sulla liberalizzazione delle reti pubbliche e della telefonia di base a partire dal 1° gennaio 1998.<sup>25</sup> L'esplicito riferimento al compromesso del dicembre 1989 in entrambe le risoluzioni indica che il Consiglio continua a ritenere legittime le iniziative della Commissione solo all'interno della procedura di cooperazione inaugurata nella prima fase.

Non è difficile, però, rilevare che, rispetto agli anni ottanta, il clima è completamente cambiato: i soggetti che solo qualche anno prima avevano opposto resistenza al cambiamento dimostrano ora di aver mutato le loro preferenze. Grandi produttori nazionali come la tedesca Siemens e la francese Alcatel, che nel precedente regime potevano contare su un rapporto privilegiato con i monopolisti pubblici, sono diventati "giocatori globali" e non hanno più alcun interesse a difendere la loro rendita di posizione nei mercati nazionali.<sup>26</sup> Anche gli Stati membri meno favorevoli alla liberalizzazione hanno nel frattempo avviato processi di privatizzazione e l'apertura dei mercati appare necessaria per evitare che i monopoli pubblici si trasformino in monopoli privati.

Dal canto suo, la Commissione accetta di rinviare al 1998 la liberalizzazione definitiva (e concede ad alcuni Stati ulteriori proroghe) per consentire agli operatori nazionali di prepararsi alla concorrenza. Inoltre, utilizza il diritto antitrust per superare le residue resistenze dei monopolisti pubblici: la liberalizzazione è una delle condizioni imposte per concedere l'esenzione prevista dall'art. 81, terzo comma del Trattato CE alle alleanze fra operatori dominanti o in occasione della decisione di casi individuali.<sup>27</sup>

Infine, un'influenza non trascurabile hanno esercitato i negoziati presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio, conclusisi nel 1997 con l'impegno a garantire la creazione di sistemi nazionali di regolazione che non ostacolino l'offerta di servizi di telecomunicazioni da parte di imprese straniere.<sup>28</sup> E' evidente che gli obblighi assunti in quella sede dagli Stati membri rendevano inutile la resistenza alle proposte di liberalizzazione della Commissione.

Come già osservato per la prima fase, anche nella seconda occorre distinguere i fattori che hanno favorito la liberalizzazione da quelli che hanno influenzato le scelte in materia di regolazione. Le circostanze appena menzionate indicano che, negli anni novanta, nessuno degli attori principali aveva interesse a difendere i monopoli pubblici. Questa osservazione, però, non esclude che la Commissione e gli Stati abbiano mantenuto posizioni divergenti sui contenuti della regolazione. Se la liberalizzazione appariva ormai inevitabile, la partita sulla distribuzione e sull'ampiezza dei poteri di controllo era tutt'altro che chiusa. La Commissione intendeva evitare che le legislazioni nazionali ostacolassero l'ingresso di nuovi operatori anche dopo l'abolizione dei monopoli legali. Gli Stati membri, invece, erano interessati a governare la trasformazione dei mercati delle telecomunicazioni.<sup>29</sup> Nel corso degli anni novanta, l'elaborazione parallela delle direttive basate sul terzo comma dell'art. 86 e sull'art. 95 servì alla Commissione e al Consiglio per cercare di far prevalere i rispettivi punti di vista.



Quale tipo di regolazione è emerso da questo confronto ? Una volta ottenuto l'appoggio della Corte di giustizia, la Commissione allarga progressivamente l'ambito di applicazione della direttiva Servizi 90/388, estendendo le misure di liberalizzazione alle comunicazioni satellitari, alle infrastrutture per la televisione via cavo e alla telefonia mobile, fino ad arrivare alla c.d. direttiva "piena concorrenza" del 1996.<sup>30</sup> Il dato più interessante è che nessuna delle misure menzionate si limita a prescrivere l'abolizione di diritti speciali ed esclusivi in contrasto con i Trattati europei.<sup>31</sup> Le direttive emanate dalla Commissione prendono esplicitamente in considerazione tutti i temi più rilevanti per la regolazione del settore. E' evidente che l'obiettivo è di restringere i margini di manovra del Consiglio: dato che gli Stati membri sono vincolati ai principi generali fissati dalla Commissione, le direttive di armonizzazione non potranno adottare soluzioni del tutto contrastanti.<sup>32</sup> Le medesime finalità di controllo dei contenuti della regolazione sono, inoltre, riconoscibili negli strumenti cd. di soft law: la pubblicazione di linee guida, di raccomandazioni e di comunicazioni consente di diffondere interpretazioni che tendono sistematicamente ad ampliare la portata della normativa comunitaria e a restringere i poteri di intervento delle autorità nazionali.<sup>33</sup>

Nonostante la Commissione abbia messo in campo tutti i mezzi di cui il processo decisionale comunitario la autorizzava a servirsi, il quadro regolatorio degli anni novanta riflette solo in parte le sue proposte. Le misure di liberalizzazione furono accettate con relativa facilità perché gli Stati membri ottennero il controllo delle modalità di attuazione delle riforme.<sup>34</sup> Alcuni degli aspetti cruciali, a cominciare da struttura e poteri delle autorità indipendenti, furono completamente delegati alla legislazione nazionale.<sup>35</sup> Inoltre, le direttive della Commissione non impedirono al Consiglio di approvare misure che consentivano agli Stati di intervenire sui requisiti per l'ingresso nei mercati e sull'attività degli operatori.

E' sufficiente, a questo proposito, ricordare il regime delle licenze individuali della direttiva 97/13, che consente agli Stati di controllare il numero degli operatori;<sup>36</sup> la disciplina dell'interconnessione della direttiva 97/33, che permette di applicare tariffe più elevate agli operatori che non dispongono della propria infrastruttura di rete;<sup>37</sup> l'ampliamento degli operatori obbligati a contribuire agli oneri del servizio universale, inizialmente limitati dalla Commissione ai soli proprietari di reti pubbliche fisse e successivamente estesi ai fornitori di servizi e ai proprietari di reti mobili.<sup>38</sup> Infine, un'ulteriore esempio di espansione dei poteri di regolazione attribuiti alle autorità nazionali è la nozione di significativo potere di mercato, utilizzata per individuare i soggetti a carico dei quali sono posti alcuni obblighi, in particolare per quanto riguarda l'accesso alla rete.<sup>39</sup> La soglia del 25% è generalmente considerata insufficiente dal diritto antitrust comunitario per configurare una posizione dominante. La scelta di un valore di riferimento così basso non era dettata dalla necessità di controllare gli ex monopolisti, ancora oggi detentori di quote superiori al 50%, ma dalla volontà di conferire alle autorità nazionali un'ampia discrezionalità anche nei confronti dei nuovi entranti.<sup>40</sup>

Le divergenze fra Commissione e Consiglio sui contenuti della regolazione sono evidenti anche in materia di rapporti fra operatori e utenti residenziali. Solo le direttive di armonizzazione prendono esplicitamente in considerazione tale aspetto. Le direttive della Commissione sono invece rivolte a produttori, fornitori di servizi e gestori di reti. Anche quando si occupano del servizio universale cercano

esclusivamente di evitare che le modalità di finanziamento producano distorsioni della concorrenza. Sembra, quindi, che uno degli effetti della partecipazione del Consiglio e del Parlamento europeo al processo decisionale sia stato l'inserimento nella regolazione europea di temi come la trasparenza dei contratti, la qualità del servizio, le procedure di risoluzione delle controversie, la portabilità del numero e la tutela della riservatezza, ai quali i programmi della Commissione dedicavano ben poca attenzione.<sup>41</sup>

Quest'ultima osservazione consente di sottolineare lo stretto collegamento fra l'evoluzione della regolazione nel settore delle telecomunicazioni ed il più ampio confronto sul ruolo degli Stati e delle istituzioni comunitarie nella gestione dei servizi pubblici. Nel corso degli anni novanta, il processo di liberalizzazione è stato costantemente affiancato da iniziative che miravano ad includere la salvaguardia dei valori di solidarietà e di eguaglianza fra gli obiettivi dell'azione comunitaria. La Francia ha guidato una coalizione che, anche grazie all'alleanza stretta con il Parlamento europeo, è riuscita dapprima ad ottenere che la Commissione riconoscesse la rilevanza comunitaria di tali valori e, subito dopo, a far inserire nel Trattato di Amsterdam un esplicito riferimento al ruolo dei servizi di interesse economico generale nella promozione dei valori condivisi dell'Unione europea e della coesione sociale e territoriale.<sup>42</sup>

La formula ambigua dell'art. 16, ripresa dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lascia aperto un ampio spettro di interpretazioni, che vanno dalla sostanziale irrilevanza della nuova disposizione al radicale cambiamento degli obiettivi dell'Unione europea.<sup>43</sup> Un dato sembra, comunque, innegabile: la revisione del Trattato ha alimentato un processo di ridefinizione dei confini fra politiche della concorrenza e regolazione dei servizi di interesse generale. Tale processo si concentra per il momento su tre aspetti: la legittimità delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico nel quadro delle norme sugli aiuti di Stato; i criteri di valutazione delle prestazioni di servizi d'interesse generale; l'elaborazione di una direttiva quadro sui servizi d'interesse generale.<sup>44</sup>

Benché i documenti della Commissione cerchino di accreditare l'idea che le politiche di concorrenza non sono in contrasto con gli obiettivi sociali legati alla prestazione di servizi pubblici,<sup>45</sup> è facile intuire che il dibattito in corso si colloca al crocevia di uno degli snodi cruciali per il futuro del diritto comunitario. La liberalizzazione riduce la capacità degli Stati di introdurre forme di regolazione che, sacrificando la concorrenza, realizzino finalità di tipo redistributivo. Si tratta evidentemente di una trasformazione che tocca le strutture profonde delle 'economie miste' e rimette in discussione l'assetto tradizionale dei rapporti fra Stato, società ed economia. I numerosi poteri di intervento concessi alle autorità nazionali dimostrano, però, che l'apertura dei mercati non impedisce di perseguire obiettivi diversi dall'efficienza. Inoltre, gli sviluppi successivi al Trattato di Amsterdam confermano che il bilanciamento fra politiche redistributive nazionali e concorrenza è destinato a caratterizzare l'intero ambito dei servizi d'interesse economico generale. Su queste posizioni sembra, del resto, attestata la Corte di giustizia, oggi meno disponibile che in passato ad avallare interpretazioni dell'art. 86 che trascurino del tutto gli interessi nazionali.<sup>46</sup>

Un bilancio provvisorio di questa seconda fase può limitarsi a due considerazioni. In primo luogo, le ragioni del successo della politica comunitaria nel settore delle telecomunicazioni sono nello stesso tempo la causa dei suoi limiti. Il compromesso fra apertura dei mercati e interessi nazionali ha consentito di

realizzare una liberalizzazione formale entro il 1998, ma non ha certo favorito la creazione di un mercato europeo delle telecomunicazioni. Come vedremo, le differenze fra le strutture nazionali di regolazione sono il problema principale con cui ha dovuto misurarsi la riforma del 2002.

In secondo luogo, la legislazione comunitaria non impone un unico modello di regolazione. Benché la richiesta di istituire autorità indipendenti faciliti il ricorso ad una regolazione di tipo gerarchico, l'ampio decentramento di poteri suggerisce che la scelta degli strumenti di regolazione dipende in larga misura dalle tradizioni giuridiche nazionali. Quest'ultima osservazione non va intesa nel senso di un'inevitabile continuità fra vecchio e nuovo regime. Si tratta, invece, di verificare se il passaggio dalla regolazione del monopolio alla regolazione della concorrenza abbia innescato anche una reazione sul versante degli strumenti che ciascun ordinamento ritiene legittimo e opportuno utilizzare nel settore dei servizi pubblici. In particolare, tale verifica consente di misurare la distanza che, nel nuovo quadro regolatorio, separa i compiti affidati alle forme tradizionali di azione amministrativa e al diritto dei contratti.

### **2.3.Terza fase: convergenza tecnologica e oligopolio**

Alla fine degli anni novanta, la regolazione europea nel settore delle telecomunicazioni deve misurarsi con tre problemi: la frammentazione delle regolazioni nazionali, l'efficacia della legislazione comunitaria nel garantire l'ingresso di nuovi operatori e la convergenza dei mercati della trasmissione di voce, video e dati.

La frammentazione è l'ovvia conseguenza dei fattori istituzionali che hanno condizionato la regolazione europea nelle prime due fasi. Gli ampi margini di discrezionalità concessi alle autorità nazionali hanno favorito una notevole differenziazione nell'attuazione delle direttive e nella prassi dei regolatori. La Commissione e la maggior parte dei commentatori ritengono che la varietà delle soluzioni utilizzate sia uno dei principali ostacoli alla realizzazione di un mercato europeo delle telecomunicazioni.<sup>47</sup> Una lettura più ottimistica tende, invece, a sottolineare i vantaggi del decentramento europeo rispetto alla 'federalizzazione' realizzata dal *Telecommunications Act* americano del 1996: la disomogeneità è interpretata come un segnale della capacità dell'ordinamento comunitario di assicurare un adattamento flessibile, che tenga conto delle caratteristiche delle tradizioni giuridiche nazionali.<sup>48</sup>

E' evidente, però, che la mancanza di armonizzazione assume immediata rilevanza per il secondo problema menzionato, e cioè la capacità della legislazione comunitaria di garantire un livello adeguato di concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni. Da questo punto di vista, la distribuzione delle quote di mercato fra ex monopolisti e nuovi operatori non offre indicazioni rassicuranti: la concorrenza è sufficientemente sviluppata nei settori della telefonia mobile e delle chiamate internazionali, ma è ancora limitata nella telefonia fissa.<sup>49</sup> E' il caso di rilevare, inoltre, che la complessità della legislazione comunitaria non ha certo facilitato il controllo sull'attuazione da parte degli Stati membri. Il numero di casi esaminati dalla Commissione e di sentenze di condanna della Corte di giustizia indicano un tasso di violazione tutt'altro che trascurabile.<sup>50</sup>

La ridefinizione dei confini fra le telecomunicazioni e i settori contigui è il terzo problema che ha sollecitato il ripensamento del quadro regolatorio comunitario. Il termine 'convergenza' è generalmente

utilizzato per indicare le trasformazioni in corso nelle telecomunicazioni, nella televisione e nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Sulla direzione di tali trasformazioni, come del resto sulla stessa possibilità di realizzare la convergenza, non esistono posizioni unanimemente condivise. In termini generali, la convergenza dovrebbe dar vita ad uno o più dei seguenti scenari: a) la Grande Rete, ossia l'unificazione degli attuali mezzi di trasmissione in un'unica rete che trasporti qualsiasi tipo di servizio o contenuto; b) il Grande Terminale, ossia l'impiego di un unico strumento di ricezione e decodificazione; c) la Grande Concentrazione, ossia la creazione di conglomerate che siano attive in tutte le fasi del processo di comunicazione, dalla produzione di contenuti e di tecnologie alla gestione dei canali di trasmissione.<sup>51</sup>

Nel processo decisionale comunitario, il tema della convergenza assume lo stesso ruolo che, negli anni ottanta, fu attribuito ai fattori internazionale e tecnologico. La Commissione cerca di accreditare l'idea che l'evoluzione dei mercati delle tecnologie avanzate richieda un più stretto coordinamento delle politiche nazionali. Propone, inoltre, un modello di regolazione orizzontale che cancelli o riduca notevolmente le differenze fra televisione e telecomunicazioni. Questa prospettiva, affacciata nel Libro verde sulla convergenza del 1997, si è scontrata con la resistenza delle televisioni pubbliche, ben decise a far valere lo stretto legame fra la peculiare regolazione dei finanziamenti e dei contenuti nel settore televisivo e la difesa delle identità e delle culture nazionali.<sup>52</sup> Costretta ad abbandonare l'opzione di una regolazione unitaria che cancelli le tradizionali differenze del settore televisivo, la Commissione ha ripiegato su una posizione intermedia che separa regolazione delle infrastrutture e regolazione dei contenuti. La prima dovrebbe abbracciare tutte le reti di comunicazione, indipendentemente dal tipo di servizio offerto; la seconda dovrebbe essere lasciata alle politiche nazionali.<sup>53</sup>

E' del tutto evidente che il tema della convergenza è utilizzato per legittimare una riforma della regolazione che non solo estenda il raggio dell'azione comunitaria alle reti televisive e ad Internet, ma serva anche ad affrontare in modo più efficace gli altri due problemi menzionati in precedenza. Il nuovo quadro regolatorio nasce, quindi, con l'obiettivo dichiarato di raccogliere le sfide tecnologiche del futuro, ma eredita dalle fasi precedenti il compito di trovare strumenti idonei a stimolare la concorrenza e a garantire una maggiore omogeneità fra i regolatori nazionali. Il nucleo principale della riforma è rappresentato da cinque direttive, approvate nel 2002, che sostituiscono, a partire dal luglio 2003, la normativa comunitaria delle prime due fasi. Ancora una volta, sembra plausibile partire dall'ipotesi che il testo finale delle direttive rifletta l'interazione strategica fra Commissione, Parlamento e Consiglio. Tuttavia, le riforme del Trattato di Amsterdam hanno modificato i rapporti di forza fra le tre istituzioni. E' opportuno, quindi, soffermarsi brevemente sulle caratteristiche delle procedure decisionali utilizzate in questa terza fase, per passare successivamente a valutare gli elementi di continuità e di innovazione del nuovo sistema alla luce di tali cambiamenti.

In prima approssimazione, le due novità maggiori sono l'indebolimento del ruolo della Commissione e il quasi speculare rafforzamento del Parlamento europeo. Il coinvolgimento del Parlamento nella nomina e nel controllo dell'attività della Commissione ha profondamente trasformato i rapporti fra le due istituzioni, rendendo la seconda direttamente responsabile nei confronti del primo.<sup>54</sup> Il rafforzamento del Parlamento è evidente anche nelle procedure legislative. Al pari del Consiglio, il Parlamento dispone ora

del potere di richiedere alla Commissione l'elaborazione di proposte quando ritenga necessaria un'azione comunitaria nelle materie coperte dai Trattati (art. 192 Trattato CE). All'erosione del monopolio della Commissione sull'iniziativa legislativa si aggiunge la nuova versione della procedura di codecisione introdotta dal Trattato di Amsterdam. Benché il Trattato di Maastricht avesse già previsto la codecisione su alcune materie, il Consiglio aveva conservato il potere di formulare una proposta definitiva che solo la maggioranza assoluta del Parlamento avrebbe potuto bloccare. Dopo Amsterdam, invece, il Parlamento dispone del potere di rifiutare qualsiasi proposta (art. 251 Trattato CE).<sup>55</sup>

Nel settore delle telecomunicazioni, l'indebolimento della Commissione è documentato dalle modalità con cui, nella terza fase, è stato utilizzato il potere di emanare le direttive previste dall'art. 86(3). Si ricordi che nelle prime due fasi la Commissione si era servita di tali direttive per condizionare l'attività del Parlamento e del Consiglio. Una volta completata la liberalizzazione, l'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi attribuiti agli ex monopolisti priva la Commissione della giustificazione principale per l'esercizio del potere normativo.<sup>56</sup> I due casi più recenti di ricorso all'art. 86(3) confermano che la capacità di pressione di tale strumento è ora decisamente più attenuata. Nel primo caso, la Commissione impone la separazione societaria fra imprese titolari di reti di telecomunicazioni e imprese titolari di TV via cavo, ma non riesce a far passare la soluzione, decisamente più efficace dal punto di vista della concorrenza tra infrastrutture, della separazione proprietaria.<sup>57</sup>

Il secondo caso riguarda la sostituzione della direttiva 90/388. Negli anni novanta la Commissione aveva più volte modificato il testo originario, con l'evidente obiettivo di evitare che le direttive di armonizzazione introducessero limitazioni della concorrenza.<sup>58</sup> La nuova direttiva 2002/77/CE, in vigore dal luglio 2003, abroga la direttiva 90/388, ma si limita a richiamare le definizioni ed i contenuti del pacchetto di direttive già approvato dal Consiglio e dal Parlamento.<sup>59</sup> Se nella seconda fase la Commissione era in grado di fissare le linee guida della regolazione, le riforme del 2002 dimostrano che i rapporti di forza sono ormai rovesciati.

Queste osservazioni non escludono che la Commissione disponga ancora di una notevole influenza al di fuori del processo legislativo. E' plausibile, anzi, ritenere che la sua principale strategia consista oggi nel rafforzamento del suo ruolo di coordinatrice delle istituzioni nazionali e dei gruppi di interesse. Non trascurabile, inoltre, è la capacità di pressione che deriva dal ricorso agli strumenti di soft law <sup>60</sup> e dai poteri di controllo sull'attuazione della regolazione comunitaria negli ordinamenti nazionali. Tuttavia, una valutazione complessiva delle riforme del 2002 non può prescindere dall'analisi delle preferenze del Parlamento e del Consiglio, attualmente attori dominanti nel processo legislativo comunitario.

Il modo più diretto per individuare tali preferenze è un esame dettagliato delle proposte e degli emendamenti formulati nella procedura di codecisione. L'ampiezza della riforma non consente di prendere in considerazione tutte le direttive. Ci limiteremo, quindi, ad analizzare la direttiva quadro, che contiene le linee direttrici del nuovo sistema regolatorio e ha rappresentato il principale terreno di scontro fra Consiglio, Parlamento e Commissione.<sup>61</sup>

Partendo dal confronto fra la proposta presentata dalla Commissione nel luglio 2000 <sup>62</sup> e gli emendamenti introdotti in prima lettura dal Parlamento europeo,<sup>63</sup> è possibile rilevare che le due istituzioni condividono l'obiettivo di incrementare il livello di armonizzazione dei sistemi nazionali di

regolazione. Dagli emendamenti del Parlamento traspare l'intenzione di rafforzare l'indipendenza ed i poteri di intervento delle autorità nazionali. Si propone, ad esempio, di obbligare gli Stati membri a garantire l'indipendenza politica ed economica dei regolatori (emendamento 22) e le risorse necessarie per svolgere in modo efficiente i loro compiti (emendamento 23). L'emendamento 30, inoltre, attribuisce ai regolatori nazionali il potere di sanzionare la mancata o inadeguata trasmissione di informazioni e di condurre ispezioni presso la sede di un'impresa. Un sostanziale accordo si registra anche su una delle disposizioni chiave della proposta di direttiva quadro, l'art. 6, che attribuisce alla Commissione un potere di veto nei confronti di provvedimenti di autorità nazionali che introducono o cancellano obblighi di comportamento a carico di determinati operatori.

Non mancano alcune divergenze significative fra Parlamento e Commissione, ad esempio sulla possibilità che la legislazione nazionale destinata a proteggere le diversità linguistiche e culturali e il pluralismo dei mezzi di informazione prevalga sulle disposizioni del nuovo quadro regolatorio (emendamento 15), sulle modalità di assegnazione delle frequenze radio (emendamenti 45-49) e sulla definizione di posizione dominante (emendamento 56). E' evidente, però, che le due istituzioni condividono l'impostazione della proposta di direttiva quadro sulla ripartizione delle competenze fra autorità nazionali e comunitarie.<sup>64</sup> Proprio su questo aspetto, invece, la posizione comune del Consiglio introduce modifiche che vanno nella direzione opposta. Se da un lato si esclude il rafforzamento dei poteri delle autorità nazionali, dall'altro si rifiuta di attribuire alla Commissione un potere di veto. Emblematica è anche la nuova formulazione della procedura relativa all'individuazione dei mercati che richiedono l'imposizione di obblighi di comportamento. La proposta della Commissione, sostanzialmente condivisa dal Parlamento, prevedeva l'emanazione di una decisione vincolante sui mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi nel settore delle comunicazioni elettroniche, accompagnata da linee guida sulla valutazione del potere di mercato. L'obiettivo era di ridurre la possibilità che le autorità nazionali adottino, come accade nell'attuale sistema regolatorio, definizioni divergenti dei mercati e del significativo potere di mercato. La Commissione avrebbe dovuto autorizzare esplicitamente qualunque provvedimento nazionale che si discostasse dalle definizioni comunitarie.<sup>65</sup>

La posizione comune del Consiglio, viceversa, trasforma la decisione sui mercati rilevanti in una raccomandazione non vincolante e prevede che le autorità nazionali possano scegliere di non adottare le definizioni comunitarie. L'armonizzazione dei sistemi nazionali di regolazione risulta ulteriormente indebolita dalla cancellazione della disposizione che prevedeva l'istituzione di un High Level Communications Group, formato da rappresentanti delle autorità nazionali e destinato a coadiuvare la Commissione.<sup>66</sup>

La ricerca del compromesso necessario per giungere all'approvazione finale è affidata alla negoziazione fra Parlamento e Consiglio. La procedura di codecisione dettata dall'art. 251 Trattato CE indica, però, che l'alleanza fra Commissione e Parlamento può risultare decisiva per ottenere un risultato più vicino alle preferenze delle due istituzioni. Se il Parlamento vota all'unanimità gli emendamenti alla posizione comune e la Commissione li approva, il Consiglio può rifiutarli e chiedere la convocazione del comitato di conciliazione solo con un voto unanime. L'approvazione degli emendamenti, invece, richiede

solo la maggioranza qualificata (art. 250(2) e 251(3) Trattato CE). E' evidente, quindi, che la procedura di codecisione facilita l'accettazione degli emendamenti alla posizione comune.

Nel dicembre del 2001, il Parlamento in seconda lettura propone 23 emendamenti alla posizione comune, sui quali la Commissione esprime parere favorevole.<sup>67</sup> Il compromesso proposto si colloca a metà strada fra il rafforzamento delle misure di armonizzazione e la conservazione dei poteri di valutazione delle autorità nazionali. Il veto della Commissione, inizialmente previsto per qualsiasi misura, è ora limitato ai casi in cui si intende intervenire su un mercato diverso da quelli individuati nella raccomandazione, oppure si decide sulla designazione delle imprese con significativo potere di mercato, purché la misura in discussione influenzi gli scambi fra gli Stati membri e la Commissione ravvisi il pericolo di creare una barriera al mercato unico o dubbi seriamente della sua compatibilità con il diritto comunitario (art. 7(4) della direttiva quadro). Non è previsto nessun rafforzamento dei poteri sanzionatori e dell'indipendenza dei regolatori nazionali. La costituzione di un gruppo europeo che faciliti il coordinamento fra i sistemi nazionali è affidata ad una decisione della Commissione.<sup>68</sup>

Se considerata alla luce dei tre problemi evidenziati in precedenza, la direttiva quadro sembra offrire risposta solo alla convergenza delle reti di trasmissione. Il nuovo sistema, infatti, introduce regole unificate per le reti di telecomunicazioni, per le reti televisive e per Internet (v. art. 2 lett. a) della direttiva quadro).<sup>69</sup> Meno chiaro, invece, è se l'impostazione complessiva della riforma sia in grado di garantire soluzioni efficaci per gli altri due problemi, e cioè l'incremento della concorrenza e l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali.

Quanto alle misure destinate a ridurre le barriere all'ingresso di nuovi operatori, la direttiva quadro ripropone un modello di regolazione, già sperimentato negli anni novanta, che assume come compito principale la riduzione del potere di mercato dell'ex monopolista. Emblematico, da questo punto di vista, è l'inciso, inserito in seconda lettura dal Parlamento europeo, che stabilisce un collegamento diretto fra l'assenza di concorrenza effettiva e la presenza di una o più imprese che detengono un significativo potere di mercato (preambolo 27 della direttiva quadro): l'intervento regolatorio sembra legato esclusivamente al controllo delle quote di mercato che superano la soglia ritenuta accettabile.<sup>70</sup>

A questo approccio è possibile obiettare la mancanza di un'adeguata considerazione delle peculiarità di un settore caratterizzato da evidenti effetti di rete. Una regolazione che cerca di ridurre le dimensioni degli operatori dominanti potrebbe avere effetti perversi, in termini di prezzi più elevati e minore innovazione, per i consumatori. Inoltre, è probabile che il tentativo di trasportare nei mercati delle comunicazioni nozioni mutate dal diritto antitrust richieda un'interpretazione 'adeguatrice', che permetta di applicarle a comportamenti del tutto abituali nelle industrie a rete, ma non sanzionabili sulla base di un'interpretazione tradizionale. Gli incentivi che questa sorta di "diritto settoriale della concorrenza" potrebbe trasmettere ai nuovi operatori e l'influenza che eserciterà sulla struttura dei mercati sono pressoché impossibili da prevedere.<sup>71</sup>

Sul versante dell'armonizzazione, i primi commenti registrano in modo unanime un aumento della discrezionalità dei regolatori nazionali. Si ricordi che già nella seconda fase la discrezionalità dei regolatori aveva dato luogo a modalità di attuazione della disciplina comunitaria estremamente eterogenee. La riforma cerca di favorire il coordinamento fra gli Stati membri attraverso due meccanismi,

uno di tipo volontario e l'altro di tipo coercitivo. Il primo si basa sulle procedure di consultazione e trasparenza previste dagli art. 6 e 7 della direttiva quadro. Una maggiore pubblicità delle decisioni, unita alla possibilità che i regolatori di altri paesi intervengano nelle procedure di consultazione, dovrebbe rendere più difficile l'adozione di misure che non siano generalmente condivise a livello europeo. Inoltre, la collaborazione all'interno del gruppo dei regolatori europei costituito dalla Commissione dovrebbe servire a creare vincoli di reputazione che assicurino un'attuazione coerente della riforma.<sup>72</sup>

Il meccanismo coercitivo è il già descritto potere di veto che l'art. 7(4) della direttiva quadro attribuisce alla Commissione. Il compromesso raggiunto dal Parlamento e dal Consiglio ne ha limitato l'applicazione a due soli casi. Tale potere non può, comunque, essere esercitato con riferimento alla scelta degli obblighi da imporre agli operatori con significativo potere di mercato, interamente rimessa ai regolatori nazionali, con il solo limite del principio di proporzionalità.<sup>73</sup>

L'efficacia dei meccanismi volontari e coercitivi dovrà essere misurata sul campo, ma si può fin d'ora avanzare il sospetto che i sistemi di regolazione nazionale continueranno a seguire traiettorie differenziate. E' difficile immaginare che l'armonizzazione possa essere realizzata attraverso un ricorso generalizzato al potere di veto.<sup>74</sup> Le forme di cooperazione volontaria fra regolatori, d'altra parte, non sembrano sufficienti a contrastare in ogni caso la pressione degli interessi nazionali, spesso responsabili della più volte sottolineata frammentazione. Una conferma delle difficoltà che potrebbero manifestarsi nella fase di attuazione della riforma si ricava anche dall'elenco degli obiettivi generali della regolazione contenuto nell'art. 8 della direttiva quadro. Non solo si fa riferimento ad obiettivi che hanno ben poco in comune fra loro, come la promozione della concorrenza e la promozione della diversità culturale e linguistica e del pluralismo dei mezzi di informazione. Quel che più conta è la mancanza di criteri gerarchici che consentano di stabilire quale obiettivo debba prevalere sugli altri in caso di conflitto. La discrezionalità di cui dispongono anche in questa occasione le autorità nazionali lascia prevedere che qualsiasi politica di governo del settore potrà essere giustificata sulla base dell'art. 8.

Al tema dell'armonizzazione si riallaccia l'aspetto, più direttamente collegato con l'oggetto di questa ricerca, dei rapporti fra regolatori, regolati e utenti, sia dal punto di vista della produzione di regole che dei rimedi. Rinviamo al paragrafo successivo per considerazioni più specifiche, si può rilevare che, non diversamente da quanto era accaduto negli anni novanta, il nuovo quadro regolatorio omette qualsiasi riferimento a specifici strumenti di regolazione.<sup>75</sup> Per quanto riguarda i rimedi, l'art. 4 della direttiva quadro prevede che, in caso di ricorso contro i provvedimenti delle autorità nazionali, "il merito del caso sia tenuto in debita considerazione"; l'art. 20 della medesima direttiva estende le competenze delle autorità nazionali in materia di risoluzione delle controversie fra imprese, in precedenza limitate ai soli casi di controversie sull'interconnessione (art. 9(5) dir. 97/33).

Si tratta evidentemente di disposizioni che lasciano alle tradizioni amministrative nazionali il compito di filtrare gli effetti della riforma. Diventa, quindi, necessaria l'individuazione dei fattori che, all'interno di ciascun ordinamento, possono favorire o ostacolare la trasformazione dell'assetto tradizionale dei rapporti fra autorità di regolazione e privati. Questa osservazione potrebbe essere interpretata come una denuncia del fallimento dell'obiettivo dell'armonizzazione. La lettura che sembra preferibile è, invece, quella di una competenza concorrente dei livelli di regolazione comunitario e nazionale. L'immagine del



sistema di governo multi-livello rappresenta oggi la più accurata descrizione del funzionamento dell'Unione europea.<sup>76</sup> In questa prospettiva, l'armonizzazione cessa di essere una priorità e assume un rilievo cruciale la ricerca di forme di coordinamento fra poteri normativi nazionali e sovranazionali.

La ricostruzione dei processi decisionali comunitari nel settore delle comunicazioni conferma che l'interazione strategica fra le istituzioni produce soluzioni compromissorie. Gli spazi di manovra che i vincoli dell'azione comunitaria lasciano agli ordinamenti nazionali possono essere sfruttati in direzione di un adattamento alle politiche europee oppure per coltivare spinte centrifughe. All'interno di questo quadro più ampio si colloca l'evoluzione dei rapporti fra strumenti amministrativi di regolazione e diritto dei contratti. Nel prossimo paragrafo verificheremo se e come le fasi della regolazione europea abbiano modificato l'equilibrio tradizionale fra azione amministrativa e autonomia privata. E' il caso, comunque, di sottolineare fin d'ora i punti di contatto fra la regolazione del settore delle comunicazioni e il dibattito sulla codificazione europea. Per entrambi, un elevato livello di armonizzazione è considerato necessario per garantire il funzionamento del mercato unico. Tuttavia, il settore delle comunicazioni offre due indicazioni che occorrerà tenere ben presenti nel dibattito sulla codificazione: la prima riguarda i vincoli dell'azione comunitaria e suggerisce che il livello ideale di armonizzazione è difficilmente conseguibile; la seconda riguarda l'inevitabile interdipendenza dei livelli normativi comunitario e nazionale. Detto altrimenti, qualsiasi forma di armonizzazione (o di codificazione) non elimina, ma rende anzi più urgente la necessità di trovare meccanismi che rendano compatibili i poteri e le politiche delle istituzioni investite di competenze concorrenti.

### **3. Regolazione e contratti di utenza residenziale**

La regolazione europea nel campo delle comunicazioni è stata finora descritta nei termini di un compromesso fra spinte liberalizzatrici della Commissione e interesse degli Stati a controllare l'evoluzione del settore. E' necessario ora spostare l'analisi dal livello delle decisioni comunitarie al livello dell'attuazione nazionale. Si tratta, cioè, di valutare gli effetti prodotti dalle direttive di liberalizzazione e di armonizzazione sulle istituzioni che regolano i rapporti fra soggetti pubblici e privati nei mercati delle comunicazioni.

E' noto che la ricostruzione dei processi di interazione fra i due livelli rappresenta uno dei temi più discussi negli studi sul diritto europeo. Gli aspetti controversi riguardano da un lato gli effetti indiretti che interventi settoriali possono produrre per la coerenza complessiva dei sistemi giuridici nazionali, dall'altro la diversa capacità di adattamento delle istituzioni nazionali ai cambiamenti imposti dall'azione comunitaria. I due aspetti sono evidentemente collegati: l'accettazione della disciplina europea è senza dubbio più agevole nel caso in cui non incrinino in modo significativo la coerenza della precedente regolazione domestica. Decisamente più interessanti (e tutt'altro che rare) sono le situazioni di contrasto fra disciplina comunitaria e nazionale. In queste ipotesi appare estremamente difficile prevedere la direzione del cambiamento e gli eventuali effetti collaterali.<sup>77</sup>

Le reciproche influenze fra dimensione comunitaria e dimensione nazionale possono essere analizzate utilizzando gli strumenti teorici provenienti da discipline diverse, ma riassumere gli approcci proposti

nella letteratura giuridica, economica e politologica va oltre gli obiettivi di questo lavoro. In questa sede interessa soprattutto verificare se, al di là di una formale adesione agli obiettivi delle politiche comunitarie, la liberalizzazione abbia anche messo in moto una significativa trasformazione degli strumenti di governo impiegati nel mercato delle comunicazioni.

Il modo più diretto per valutare la posizione degli utenti è un esame ravvicinato della direttiva 2002/22/CE sul servizio universale e i diritti degli utenti.<sup>78</sup> Insieme alla direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata, la direttiva sul servizio universale propone un catalogo aggiornato dei diritti che gli utenti potranno esercitare nel prossimo decennio.<sup>79</sup> Una volta individuata la struttura comunitaria del rapporto di utenza, si cercherà di misurare la distanza che lo separa dal diritto dei consumatori. Come vedremo, è possibile rilevare una parziale sovrapposizione fra i due gruppi di regole, ma la posizione degli utenti di comunicazioni presenta alcune peculiarità, in parte legate alla struttura a rete del mercato e in parte alla rilevanza sociale del servizio. L'interrogativo più interessante riguarda la scelta degli strumenti di regolazione per la gestione di tali peculiarità. L'attrazione del diritto dei consumatori rischia di appiattire la posizione dell'utente su quella del comune contraente non professionale. D'altro canto, il ricorso alla regolazione amministrativa rischia di privarlo degli strumenti di tutela privatistici. Conteso fra due gruppi di regole, l'utente di comunicazioni finisce per collocarsi in una posizione intermedia che lascia aperti due scenari ugualmente plausibili: possibilità di attingere agli strumenti di tutela dell'uno e dell'altro gruppo o difficoltà di servirsi di entrambi.

### **3.1. I rapporti fra contratti di utenza e regolazione**

Le regole europee sui diritti degli utenti di comunicazioni possono essere raggruppate nelle seguenti categorie:

- a) servizio universale
- b) controlli sui comportamenti anticoncorrenziali nei mercati al dettaglio
- c) qualità del servizio
- d) riduzione dei costi di trasferimento ad altro operatore (*switching costs*)
- e) informazione contrattuale
- f) risoluzione extragiudiziale delle controversie

Non è difficile rilevare che alcune di queste regole [sub c), e) e f)] riguardano problemi affrontati anche nella legislazione europea sui consumatori. Inoltre, l'art. 20, par. 1, della direttiva servizio universale richiama esplicitamente le direttive sulle clausole abusive e sui contratti a distanza. Le restanti regole sono, invece, collegate alla struttura concorrenziale dei mercati delle comunicazioni e alla natura dei servizi offerti. In particolare, è possibile distinguere le regole applicabili nei casi in cui la concorrenza non sia giudicata sufficiente [lett. b) e d)] dalle regole applicabili per raggiungere risultati che la concorrenza non garantisce [lett. a)].

E' bene precisare che solo una parte delle disposizioni contenute nella direttiva servizio universale introduce diritti azionabili direttamente dai consumatori. Le altre fissano obblighi a carico degli Stati membri e delle autorità nazionali di regolazione. Si può affermare, quindi, che la struttura della direttiva

rende immediatamente percepibile la coesistenza di un rapporto contrattuale privatistico e di strumenti di intervento di tipo amministrativo. L'interrogativo a cui occorre dare risposta riguarda le conseguenze di tale coesistenza. La direttiva non offre alcuna indicazione in proposito, sicché è lecito attendersi che le tradizioni giuridiche nazionali esercitino un'influenza decisiva sull'interazione fra dimensione privatistica del rapporto e regolazione.

In prima approssimazione, è possibile immaginare almeno due diverse modalità di interazione. La più vicina allo spirito della direttiva presuppone che gli utenti residenziali siano in grado di cumulare i tradizionali rimedi privatistici e gli specifici mezzi di tutela predisposti dalle autorità di settore. La loro posizione sarebbe identica a quella di qualsiasi altro consumatore che acquisti beni o servizi in mercati concorrenziali. Nello stesso tempo, però, gli utenti residenziali dovrebbero disporre di una tutela rafforzata grazie all'intervento delle autorità di regolazione.

Da questa prima modalità di interazione potrebbero derivare due effetti particolarmente significativi: da un lato, scomparirebbe la posizione di supremazia attribuita in passato al gestore di servizi pubblici; dall'altro, gli strumenti privatistici di tutela potrebbero essere utilizzati per far valere in giudizio gli obblighi introdotti dalle autorità di regolazione.

Se realizzati, entrambi gli effetti rappresenterebbero un cambiamento rivoluzionario per molte tradizioni giuridiche nazionali. In questo nuovo scenario sarebbe pressoché cancellata la possibilità di appellarsi al pubblico interesse per giustificare deroghe al diritto comune da parte degli operatori. Inoltre, la tutela privatistica sarebbe estesa ad aspetti del rapporto di utenza che normalmente sono esclusi dal controllo giudiziale. E' possibile, ad esempio, immaginare che il singolo utente si rivolga al giudice per denunciare la violazione del criterio del prezzo abbordabile da parte dell'impresa titolare di obblighi di servizio universale.<sup>80</sup>

Benché la modalità di interazione appena descritta appaia l'approdo necessario delle riforme in corso,<sup>81</sup> l'osservazione degli attuali rapporti fra regolazione e diritto dei consumatori costringe a prospettare uno scenario differente. Invece di una perfetta simbiosi, la coesistenza fra i due gruppi di regole ha prodotto finora livelli di tutela degli utenti poco soddisfacenti. Sia i rimedi privatistici che l'intervento delle autorità di regolazione si rivelano spesso inefficaci nel garantire l'attuazione dei diritti previsti dalla normativa comunitaria. L'osservazione più interessante è che l'origine di queste difficoltà può farsi risalire proprio alle resistenze opposte dai retaggi culturali in materia di servizi pubblici.

Nel periodo precedente alla liberalizzazione, la scarsa attenzione prestata ai diritti dei cittadini-utenti nei confronti dei monopoli telefonici pubblici poteva considerarsi una caratteristica comune ai sistemi giuridici europei. I processi decisionali di regolazione erano dominati da coalizioni di interessi che tendevano ad escludere sistematicamente qualunque intervento a favore dell'utenza residenziale.<sup>82</sup> La fine dei monopoli pubblici, e degli equilibri politici ad essi collegati, ha aperto la strada ad una radicale trasformazione del rapporto fra utenti e fornitori di servizi di comunicazioni.

Si tratta, però, di una trasformazione che deve misurarsi con culture giuridiche abituate a privilegiare la regolazione dell'offerta più che le esigenze della domanda. Non sorprende, quindi, che nel primo periodo di liberalizzazione i benefici per gli utenti siano stati inferiori alle attese. Anche la strategia comunitaria, diretta ad agganciare la posizione dell'utente a quella del normale consumatore, ha finito per

scontrarsi con la 'specialità' che caratterizza i servizi pubblici. Nel paragrafo precedente si è rilevato che il tentativo di ritagliare un regime derogatorio rispetto alle norme comunitarie sulla concorrenza documenta le difficoltà del cambiamento sul versante della liberalizzazione. In termini del tutto analoghi, le modalità di interazione fra diritto dei consumatori e regolazione documentano le difficoltà del cambiamento sul versante dei rapporti di utenza.

E' opportuno, a questo punto, illustrare l'evoluzione in corso utilizzando gli esempi dei controlli sulla qualità dei servizi e della risoluzione extragiudiziale delle controversie. Subito dopo si proporrà un confronto fra contratti di utenza e disciplina dei contratti dei consumatori.

### 3.2. Controlli sulla qualità e risoluzione delle controversie

Il tema della qualità dei servizi affiora a più riprese nella legislazione comunitaria e nazionale. La direttiva servizio universale prevede la pubblicazione delle informazioni relative all'efficienza nella fornitura dei servizi e attribuisce alle autorità nazionali il potere di fissare obiettivi qualitativi per le imprese che assumono obblighi di servizio universale.<sup>83</sup> Sul versante nazionale, ampi poteri di intervento sono stati attribuiti alle autorità di regolazione.<sup>84</sup>

I controlli sulla qualità sono strettamente connessi agli interventi sui prezzi al dettaglio. Nella fase immediatamente successiva alla liberalizzazione, le autorità nazionali hanno cercato di evitare che gli ex monopolisti approfittassero della loro posizione per aumentare indiscriminatamente i prezzi dei servizi. Il meccanismo di controllo più diffuso è il criterio del *price cap*, che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) ha imposto alle imprese titolari di obblighi di servizio universale e agli operatori con significativa forza di mercato.<sup>85</sup> L'obiettivo principale del *price cap* è di incentivare gli operatori a ridurre i costi di fornitura dei servizi, permettendo loro di appropriarsi dei maggiori profitti che ne derivano.<sup>86</sup> Tuttavia, appare concreto il rischio che la riduzione dei costi sia realizzata attraverso la riduzione della qualità del servizio piuttosto che attraverso investimenti in tecnologie innovative.<sup>87</sup> Pertanto, efficaci strumenti di intervento in materia di qualità rappresentano la condizione necessaria per garantire il conseguimento degli obiettivi legati al controllo dei prezzi al dettaglio.

Benché la difficoltà del compito di bilanciare prezzi e qualità non debba essere sottovalutata, il sistema italiano di regolazione dimostra vistose carenze. Alla fine del 2000 l'AGCOM ha avviato una consultazione pubblica con l'obiettivo di acquisire elementi di informazione per l'emanazione delle direttive sui livelli generali di qualità del servizio e per l'adozione di una carta del servizio da parte di ciascun gestore.<sup>88</sup> A distanza di quasi tre anni, il relativo procedimento non è ancora concluso, sicché gli unici interventi sono stati realizzati attraverso l'inserimento di requisiti qualitativi nelle licenze individuali dei singoli operatori o procedimenti sanzionatori.<sup>89</sup> I medesimi requisiti qualitativi sono stati recepiti nelle Carte dei servizi predisposte da ciascun operatore, peraltro con risultati piuttosto eterogenei in mancanza di uno schema generale di riferimento.<sup>90</sup> Il primo problema che occorre evidenziare riguarda, quindi, l'assenza di un quadro definito di regole sulla qualità che chiarisca i rapporti fra l'attività normativa dell'Autorità e l'autoregolazione degli operatori.

Un secondo problema emerge allorché si cerca di stabilire quali strumenti sono attivabili per far rispettare i livelli di qualità del servizio. Ai già menzionati poteri sanzionatori dell'AGCOM si aggiungono le funzioni che l'autorità svolge nell'ambito delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie.<sup>91</sup> E' possibile, inoltre, che il rispetto dei livelli di qualità sia ottenuto attraverso le procedure di reclamo e di risoluzione delle controversie previste dalle Carte dei servizi dei singoli operatori.

A dispetto della varietà di percorsi utilizzabili dall'utente, i (pochi) dati disponibili non offrono indicazioni rassicuranti. Partendo dalle procedure di reclamo e risoluzione delle controversie predisposte dagli operatori, è stato rilevato che gli indennizzi automatici sono generalmente irrisori, mentre l'attività di conciliazione ed arbitrato non garantisce adeguatamente la partecipazione dell'utente.<sup>92</sup> Per quanto riguarda le procedure di risoluzione delle controversie predisposte dall'AGCOM, il regolamento emanato nel 2002 introduce un tentativo obbligatorio di conciliazione, la cui proposizione sospende i termini per agire in giudizio. Il tentativo di conciliazione deve essere esperito entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. In caso di esito negativo, l'utente può chiedere all'Autorità di risolvere la controversia, ma solo se non ha già avviato un'azione giudiziaria. La procedura dovrebbe concludersi entro novanta giorni, ma il termine è sospeso qualora sia necessario acquisire documenti, perizie o altri elementi conoscitivi.

Anche senza considerare l'effetto di deterrenza all'azione giudiziaria che potrebbe derivare dalla previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione,<sup>93</sup> non è chiaro se le procedure dinanzi all'AGCOM siano in grado di produrre benefici significativi per gli utenti. Il vantaggio rappresentato dalla riduzione dei costi e dei tempi della decisione potrebbe risultare meno attraente qualora prevalga l'orientamento che attribuisce alle autorità indipendenti il compito di risolvere le controversie bilanciando gli interessi degli utenti con tutti gli altri interessi pubblici e privati. Secondo tale punto di vista, l'inadempimento del contratto di utenza sarebbe solo l'occasione per proseguire l'attività di regolazione.<sup>94</sup> E' evidente, però, che un approccio di questo genere rischia di reintrodurre ampie deroghe al diritto comune. Non è difficile immaginare che gli interessi degli utenti possano essere sacrificati sulla base di considerazioni legate alla necessità di garantire lo sviluppo di tecnologie innovative o l'universalità del servizio.<sup>95</sup>

L'interpretazione che mette sullo stesso piano funzioni di regolazione e di risoluzione delle controversie potrebbe avere implicazioni significative anche sul versante della tutela giurisdizionale. A questo proposito, occorre ricordare che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici non comprende le controversie relative "ai rapporti individuali di utenza con soggetti privati", riservate al giudice ordinario.<sup>96</sup> Come è noto, gli organi di vertice della magistratura amministrativa e civile hanno dato interpretazioni contrastanti di questa norma. Secondo il Consiglio di Stato, la riserva al giudice ordinario della giurisdizione in materia di rapporti individuali sarebbe giustificata dal fatto che tali controversie sono governate esclusivamente dal diritto privato. Di diverso avviso è la Cassazione, che ripropone la tradizionale distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, sostenendo che solo quando l'utente faccia valere una situazione soggettiva del secondo tipo è possibile ravvisare la giurisdizione del giudice ordinario.<sup>97</sup>

Sulla scorta di tali orientamenti, i rimedi giurisdizionali a disposizione dell'utente possono essere ricostruiti come segue. Una volta esaurito il tentativo obbligatorio di conciliazione, l'utente potrebbe rivolgersi al giudice ordinario, con il rischio, però, che la sua posizione sia qualificata di interesse legittimo e il giudizio debba essere riassunto dinanzi al giudice amministrativo. Se decide di servirsi della procedura extragiudiziale dinanzi all'AGCOM, l'atto vincolante che la conclude potrebbe essere impugnabile solo dinanzi al giudice amministrativo qualora si accolga l'interpretazione sopra riferita che assimila funzioni di regolazione e di risoluzione delle controversie.<sup>98</sup> Inoltre, tutte le controversie a carattere non strettamente individuale rientrerebbero nella giurisdizione del giudice amministrativo, in particolare per quanto riguarda carte dei servizi, condizioni generali di contratto o direttive sulla qualità.<sup>99</sup>

La descrizione dei rimedi a disposizione dell'utente conferma che la coesistenza fra regolazione e diritto privato non si traduce necessariamente in un rafforzamento dei mezzi di tutela. Sembra, invece, che l'intervento dell'AGCOM sia destinato ad incanalarsi nei moduli tradizionali dell'azione amministrativa. Si tratterebbe, cioè, di un intervento di tipo autoritario, poco propenso a stimolare l'autoregolazione e con una spiccata tendenza a bilanciare gli interessi degli utenti con altri interessi pubblici e privati.<sup>100</sup> Se questo approccio alla regolazione dovesse consolidarsi, la dimensione privatistica del rapporto finirebbe per passare in secondo piano. Si è già rilevato, del resto, che un buon numero di controversie relative ai rapporti di utenza ricade nella giurisdizione del giudice amministrativo, con conseguenze facilmente immaginabili per la scelta dei criteri di interpretazione.<sup>101</sup>

Le osservazioni sugli interventi realizzati dall'Autorità non intendono dimostrare che la soluzione preferibile è l'astensione da qualsiasi misura regolatoria e l'applicazione esclusiva del diritto dei consumatori. Sia la normativa comunitaria che la rilevanza sociale dei servizi di comunicazione impediscono di percorrere questa strada. Inoltre, lo stesso diritto dei consumatori si rivela spesso inadeguato dal punto di vista dell'effettività dei rimedi.<sup>102</sup> La discussione condotta fino a questo punto vuole, piuttosto, sottolineare che, se la coesistenza dell'azione amministrativa e del diritto privato è inevitabile, occorre acquisire una maggiore consapevolezza della necessità di rinnovare le tecniche di intervento in mercati liberalizzati. I tradizionali strumenti amministrativi hanno il difetto di rendere spesso inutilizzabili i rimedi privatistici. E' opportuno, quindi, predisporre forme di coordinamento fra le due dimensioni che consentano all'utente di scegliere il rimedio più efficace e meno costoso.<sup>103</sup>

Discutere in maggior dettaglio le modalità di tale coordinamento va oltre gli obiettivi di questo lavoro.<sup>104</sup> Nella parte conclusiva del paragrafo ci si limiterà a proporre un confronto fra disciplina dei rapporti di utenza e diritto dei consumatori. Vale la pena di domandarsi se l'influenza che il diritto comunitario ha esercitato su entrambi abbia prodotto una tale omogeneità di obiettivi da renderli praticamente indistinguibili o se, al contrario, nei settori sottoposti alla regolazione siano necessarie regole differenti (o differenti interpretazioni delle medesime regole).

### **3.3. Alcune differenze fra contratti di utenza e contratti dei consumatori**

In prima approssimazione, si potrebbe sostenere che i contratti di utenza siano nient'altro che una sotto-categoria dei contratti dei consumatori. L'assimilazione fra utente di servizi pubblici e consumatore

fa parte della strategia comunitaria diretta a superare le resistenze nei confronti della liberalizzazione. In passato la medesima assimilazione è stata proposta nel diritto italiano per garantire all'utente la possibilità di servirsi dei rimedi privatistici nei confronti dei monopolisti pubblici.<sup>105</sup>

Oggi, però, una ricostruzione unitaria delle due figure potrebbe assumere un significato diverso. Negli ultimi vent'anni la legislazione comunitaria ha ampiamente rinnovato la struttura dei rapporti fra consumatori e imprese. La direzione impressa a tale rinnovamento è stata fortemente condizionata dall'obiettivo della costruzione del mercato unico. Il risultato provvisorio è un insieme di regole spesso criticato per la sua incoerenza, ma che lascia trasparire alcune scelte di fondo in materia di limiti dell'autonomia privata. Si tratta di verificare se le medesime scelte siano desiderabili nel settore dei servizi pubblici.

Il rapporto fra integrazione dei mercati e tutela dei consumatori è un tema ricorrente nella letteratura sul diritto europeo. Sia pur con accenti e sfumature diverse, un numero consistente di autori ricostruisce tale rapporto nei termini di una prevalenza dell'obiettivo dell'integrazione rispetto all'obiettivo della tutela. Detto altrimenti, gli interventi a favore dei consumatori non esprimono l'adesione del legislatore comunitario ad un ideale di giustizia contrattuale né l'intenzione di realizzare politiche redistributive attraverso il diritto dei contratti, bensì la necessità di creare le condizioni per una partecipazione attiva dei consumatori al mercato unico europeo.<sup>106</sup>

La prevalenza assegnata all'obiettivo dell'integrazione ha importanti riflessi sul contenuto del diritto dei consumatori di matrice europea. Lo strumento principale di tutela è rappresentato dagli obblighi di informazione a carico delle imprese. Questa scelta è generalmente ritenuta coerente con l'obiettivo di rendere più agevoli gli scambi transfrontalieri. Un consumatore pienamente informato dovrebbe essere in grado di accedere con la stessa facilità ai mercati del suo paese di origine e agli altri mercati europei. Inoltre, la diffusione di informazioni sulle condizioni praticate dalle imprese dovrebbe scoraggiare comportamenti scorretti che ostacolano la concorrenza.<sup>107</sup>

Informazione e concorrenza sono, quindi, le parole chiave nel diritto europeo dei consumatori. L'una è necessaria perché l'altra possa svilupparsi e produrre i benefici attesi dal mercato unico. Lo stretto legame fra integrazione e tutela dei consumatori è confermato anche dal Libro verde del 2001, che fa esplicito riferimento alla mancata realizzazione delle potenzialità del mercato interno per giustificare nuove misure di armonizzazione.<sup>108</sup> Nello stesso tempo, però, l'obiettivo dell'integrazione segna anche il limite dell'intervento comunitario. Da Bruxelles non è plausibile attendersi misure che proteggano il consumatore al di là di quanto necessario per incrementare la concorrenza nel mercato interno.<sup>109</sup>

Com'è ovvio, le reazioni alla strategia comunitaria vanno dalla totale adesione alla critica serrata.<sup>110</sup> In questa sede, però, interessa soprattutto rilevare che anche la direttiva servizio universale ricorre prevalentemente alla tecnica degli obblighi di informazione. A ben vedere, le uniche occasioni in cui si prevedono interventi di natura sostanziale riguardano i poteri delle autorità di regolazione in materia di servizio universale. Questa constatazione permette di formulare due osservazioni sul rapporto fra contratti di utenza e contratti dei consumatori. Da un lato, il legislatore comunitario ritiene che non vi siano ragioni per rafforzare la tutela privatistica dell'utente; dall'altro, affida ai regolatori il compito di intervenire

laddove la rilevanza sociale del servizio pubblico richieda misure non realizzabili con gli strumenti del diritto privato.

La principale obiezione che può muoversi a tale approccio è che trascura le differenze fra l'attuale posizione dell'utente e quella del consumatore. Il primo è costretto a muoversi in mercati caratterizzati da una concorrenza limitata, che tendono ad assumere una struttura oligopolistica. Inoltre, è plausibile ritenere che nei mercati delle comunicazioni il potere di scelta dell'utente sia ulteriormente ridotto dalla presenza di effetti di rete e di costi di spostamento (*switching costs*) da un operatore all'altro. L'azione congiunta di questi tre fattori (struttura oligopolistica dei mercati, effetti di rete e costi di spostamento) potrebbe giustificare interventi che vadano oltre la previsione di obblighi di informazione.

Consideriamo innanzitutto gli effetti che la struttura tendenzialmente oligopolistica dei mercati delle comunicazioni potrebbe avere sulla qualità delle prestazioni fornite agli utenti. Si è già rilevato che il meccanismo del *price cap* potrebbe spingere le imprese a ridurre la qualità. In termini più generali, la letteratura economica indica che in mercati duo/oligopolistici l'eccessiva frammentazione dell'offerta e la presenza di prodotti con qualità inferiore al livello socialmente ottimale rappresentano uno degli esiti più probabili.<sup>111</sup> Una sostanziale conferma dei risultati teorici può ricavarsi dalla letteratura empirica, che non segnala significativi incrementi della qualità del servizio in seguito alla liberalizzazione.<sup>112</sup>

Gli incentivi delle imprese oligopolistiche ad offrire servizi di elevata qualità potrebbero essere ulteriormente attenuati dalla presenza di effetti di rete. Com'è noto, l'utilità che ciascun utente ricava dalla partecipazione ad una rete di comunicazione è determinata dal numero e dall'identità degli utenti connessi. Quanto più elevato è tale numero, tanto più l'utente avrà interesse a collegarsi alla rete. Nello stesso tempo, però, la maggiore utilità derivante dagli effetti di rete riduce la propensione dell'utente a spostarsi in un'altra rete di minori dimensioni, oppure formata da utenti diversi da quelli con cui si vogliono mantenere contatti più frequenti.<sup>113</sup>

In che modo gli effetti di rete influenzano il livello di qualità del servizio? Si tenga presente che, in virtù degli obblighi di interconnessione, tutti gli abbonati di un operatore sono sempre in grado di raggiungere gli abbonati di altri operatori. Sembrerebbe, quindi, che la connessione fra i gruppi di utenti di ciascun operatore renda indifferente la partecipazione ad una rete di maggiori o minori dimensioni. In realtà, le strategie degli operatori tendono a ripristinare gli effetti di rete rendendo più costose le chiamate verso abbonati di operatori concorrenti.<sup>114</sup> Si verifica, quindi, un fenomeno di attrazione verso la rete alla quale partecipano i soggetti con cui ciascun utente mantiene contatti più frequenti. La conseguenza più immediata è una riduzione della capacità di scelta degli utenti: lo spostamento in un'altra rete determinerebbe maggiori costi di comunicazione. E' possibile, quindi, che gli operatori approfittino di questa limitata propensione alla mobilità fra le reti per ridurre la qualità del servizio. Gli utenti che ricavano maggiore utilità dalla partecipazione ad una specifica rete non potrebbero punire tale comportamento trasferendosi ad un altro operatore, ma sarebbero costretti ad accettare livelli inferiori di qualità.<sup>115</sup>

Il terzo fattore che occorre prendere in considerazione è rappresentato dai costi che ciascun utente deve affrontare per spostarsi ad un altro operatore. Le origini di tali costi sono rintracciabili nella necessità di procurarsi informazioni su offerte concorrenti, oppure nelle spese richieste per estinguere il



precedente contratto e stipularne un altro.<sup>116</sup> E' il caso di sottolineare che i costi di spostamento possono essere intenzionalmente creati dalle imprese attraverso programmi di fidelizzazione, creazione di relazioni fiduciarie che rafforzano il legame psicologico del cliente con una determinata marca, nonché offerta di servizi personalizzati e di servizi complementari ai quali si deve rinunciare nel caso di trasferimento ad un altro operatore.<sup>117</sup>

La presenza di costi di spostamento non indica, di per sé, un assetto di mercato scarsamente competitivo. Una strategia che preveda prezzi iniziali molto bassi per invogliare i consumatori ad investire in un determinato prodotto, seguita da un aumento che consenta all'impresa di recuperare gli investimenti effettuati nel primo periodo, potrebbe determinare prezzi medi (calcolati sui due periodi) uguali a quelli che sarebbero stati praticati in assenza di costi di spostamento, senza alcuna riduzione del benessere dei consumatori. Tuttavia, in uno scenario meno ottimistico, i costi di spostamento potrebbero garantire alle imprese profitti oligopolistici. Laddove la riluttanza degli utenti ad accettare le offerte di un nuovo operatore rappresenti una significativa barriera all'entrata, l'operatore dominante è in grado di aumentare i prezzi o ridurre la qualità senza il timore di subire restrizioni significative della sua quota di mercato.<sup>118</sup>

Nel settore delle comunicazioni, alcuni interventi regolatori e le strategie dei nuovi entranti sono chiaramente diretti a ridurre i costi di spostamento per la clientela dell'ex monopolista. Già negli anni novanta le direttive europee imponevano agli Stati membri di introdurre la preselezione automatica dell'operatore e la portabilità del numero. La prima misura serve ad evitare che gli abbonati di operatori diversi dal gestore della rete debbano digitare un numero maggiore di cifre per effettuare chiamate; la seconda garantisce la possibilità di mantenere il medesimo numero nel caso di trasferimento ad un altro operatore.<sup>119</sup> A questi interventi si affiancano le strategie dei nuovi entranti, che si fanno carico dei costi di spostamento proponendo tariffe promozionali particolarmente convenienti alla clientela dell'ex monopolista.

Non è chiaro se gli interventi dei regolatori e le strategie dei nuovi entranti abbiano prodotto gli effetti desiderati. La letteratura economica segnala che, contrariamente all'opinione generalmente condivisa dai regolatori, la portabilità del numero (e, più in generale, la riduzione dei costi di spostamento) non produce in ogni caso un incremento del benessere dei consumatori o del benessere complessivo. La posizione dei consumatori potrebbe peggiorare se i costi necessari per attuare la portabilità aumentano i costi marginali delle chiamate, se l'operatore dominante non è incentivato a scegliere la tecnologia meno costosa o si verifica una riduzione della capacità dei consumatori di confrontare le tariffe.<sup>120</sup>

Quanto alle strategie delle imprese, gli investimenti in pubblicità e promozioni necessari per sottrarre clienti all'operatore dominante sono molto elevati ed estremamente rischiosi. Non è detto che, dopo averli convinti a cambiare operatore, i nuovi entranti siano in grado di trattenere i clienti per un periodo sufficiente a recuperare i costi sostenuti. Inoltre, si tratta di un rischio che deve essere distribuito su una base ridotta di clientela ed è ulteriormente amplificato dall'incertezza che circonda le prospettive di sviluppo delle nuove tecnologie di comunicazione.<sup>121</sup> Si consideri, d'altra parte, che alcuni operatori, soprattutto nella telefonia mobile, impostano campagne di comunicazione che rendono più difficile il confronto fra offerte diverse.<sup>122</sup> Benché la misurazione diretta dei costi di spostamento risulti

notevolmente complessa, le considerazioni proposte suggeriscono che la loro entità rappresenta un fattore che esercita un'influenza non trascurabile sulle scelte degli utenti.<sup>123</sup>

Nessuno dei tre fattori menzionati è accompagnato da dimostrazioni teoriche e riscontri empirici che inducono a ritenere senz'altro necessario un intervento regolatorio.<sup>124</sup> La struttura oligopolistica dei mercati delle comunicazioni e la presenza di effetti di rete non determinano in ogni caso una riduzione della qualità. I costi di spostamento, d'altro canto, potrebbero non rappresentare barriere insormontabili all'entrata di nuovi operatori. I dati raccolti consentono, però, di ribadire che la posizione dell'utente può essere assimilata a quella del normale consumatore solo dopo aver verificato che le peculiarità dei mercati delle comunicazioni non richiedono interventi diversi dagli obblighi di informazione.

Imboccando con decisione la strada dell'assimilazione fra consumatore e utente, la disciplina comunitaria presuppone che, laddove necessario, le autorità di regolazione si facciano carico del compito di garantire una tutela aggiuntiva rispetto agli ordinari rimedi privatistici. Si tratta, però, di una soluzione non del tutto convincente. Nessuno dei problemi menzionati in precedenza può essere gestito con facilità dai regolatori. Ad esempio, si supponga che, per evitare la riduzione della qualità dovuta al meccanismo del *price cap*, si decida di introdurre uno standard minimo. Gli effetti di tale misura potrebbero essere opposti a quelli desiderati. Se lo standard è troppo elevato o aumenta in modo considerevole i costi fissi, le imprese che offrono servizi a bassa qualità potrebbero uscire dal mercato. Grazie alla riduzione della concorrenza, le imprese che in precedenza offrivano servizi migliori potrebbero decidere di tagliare drasticamente gli investimenti sulla qualità.<sup>125</sup> Considerazioni del tutto analoghe potrebbero farsi a proposito delle misure dirette a contrastare le distorsioni prodotte dagli effetti di rete e dai costi di spostamento. Non solo è difficile immaginare interventi privi di effetti collaterali indesiderati, ma si può facilmente prevedere che il loro impatto sarebbe positivo per alcune categorie di utenti e negativo per altre. Né la normativa europea né quella nazionale offrono criteri che permettano ai regolatori di fronteggiare complessi problemi di tipo redistributivo.

L'impatto verso cui sembra condurre il confronto fra la posizione del consumatore e dell'utente può essere superato solo riconoscendo che regolazione e diritto privato non devono escludersi a vicenda. Per entrambi gli strumenti è possibile individuare punti di forza e di debolezza: il loro coordinamento dovrebbe garantire la scelta della forma di intervento che valorizzi i primi e riduca gli effetti negativi dei secondi. Per tornare all'esempio degli standard di qualità, le difficoltà incontrate dai regolatori potrebbero essere superate incentivando l'autoregolazione delle imprese interessate. Le maggiori informazioni di cui presumibilmente dispongono i destinatari degli standard eviterebbero la fissazione di livelli di qualità che producono le distorsioni menzionate in precedenza. Nello stesso tempo, però, gli strumenti sanzionatori di cui dispongono le autorità di regolazione potrebbero garantire il rispetto degli standard in modo più efficace dei rimedi privatistici.<sup>126</sup>

Come abbiamo visto, nel sistema italiano i rapporti fra regolazione e aspetti privatistici dei contratti di utenza sono piuttosto lontani dal realizzare il coordinamento auspicato. Il rischio è che le debolezze delle autorità di regolazione si sommino alle insufficienze del diritto dei consumatori. Questo pessimistico scenario può essere evitato se si accetta l'idea che uno degli effetti collaterali delle politiche di liberalizzazione è la trasformazione delle forme di intervento amministrative e privatistiche. Alle prime si

richiede l'abbandono dei moduli autoritari e il ricorso a meccanismi di co-regolazione o regolazione negoziata, alle seconde l'assorbimento di compiti che sono estranei al nucleo tradizionale del diritto comune. Entrambi i cambiamenti sono dettati dalla necessità di governare l'infrastruttura istituzionale su cui si reggono i mercati dei servizi pubblici. Se è ingenuo attendersi che le dinamiche in atto producano tali cambiamenti in tempi brevi, è altrettanto evidente che l'analisi dei rapporti di utenza offre indicazioni sufficienti per ritenere inadeguata la tradizionale contrapposizione fra regolazione e diritto privato. Nella misura in cui la liberalizzazione dei servizi pubblici influenza il modo di interpretare le funzioni del diritto dei contratti, i confini fra le due aree diventano più sfumati e richiedono una nuova riflessione sulla distribuzione dei poteri di decisione fra soggetti pubblici e privati. E' il caso di domandarsi, inoltre, se il dibattito sulla codificazione europea possa evitare di prendere una posizione consapevole sul rapporto fra la nozione di contratto che emerge dai numerosi progetti in fase di elaborazione, evidentemente ricalcata sulle corrispondenti nozioni dei codici nazionali, e la nozione di contratto ricavabile dalla legislazione dei settori sottoposti a regolazione.

## **4. Conclusioni**

Le considerazioni proposte fin qui non permettono di andare oltre un bilancio provvisorio delle trasformazioni in corso nei meccanismi di governo dei servizi pubblici liberalizzati. Per ottenere un quadro più accurato è necessario estendere l'indagine ai rapporti fra imprese, in particolare con riferimento ai problemi di accesso alle reti di comunicazione. Non è difficile prevedere che in quest'ambito siano rintracciabili indicazioni preziose sull'interazione fra diritto dei contratti e regolazione. Particolarmente utile può risultare anche l'analisi degli adattamenti che il processo di liberalizzazione ha prodotto negli altri Stati membri, nonché il confronto con le soluzioni istituzionali sperimentate negli Stati Uniti.

Per il momento, i dati raccolti consentono solo di individuare gli interrogativi più interessanti sui due temi principali di questo contributo: il rapporto fra i diversi segmenti della legislazione comunitaria in materia di contratto da un lato, fra regolazione e diritto privato dall'altro.

### **4.1. Diritto europeo dei contratti e struttura del mercato**

I risultati del dibattito avviato dal Libro verde sulla tutela dei consumatori e dalla comunicazione sul diritto contrattuale europeo sembrano aver eliminato ogni dubbio sull'opportunità di passare dalle misure settoriali ad interventi di portata più ampia. La maggioranza dei partecipanti alle consultazioni ha espresso una sostanziale adesione alle proposte di una direttiva quadro sulle pratiche commerciali sleali e di un quadro generale di riferimento per il diritto contrattuale europeo. La mancanza di opposizione sulle scelte di fondo suggerisce che i numerosi dubbi sul fondamento costituzionale di tali misure sono destinati a passare in secondo piano.<sup>127</sup> Rimane, però, aperta la discussione sul contenuto degli interventi proposti. Senza addentrarci in una valutazione complessiva, osserviamo che l'analisi svolta nelle pagine precedenti consente di mettere in luce uno degli snodi più critici del percorso intrapreso dalla

Commissione, e cioè il coordinamento fra il livello comunitario e il livello nazionale di legislazione in materia contrattuale.

Il piano d'azione pubblicato nel febbraio 2003 prevede che il quadro comune di riferimento assuma il ruolo di un modello al quale gli Stati membri dovrebbero conformarsi. L'obiettivo dichiarato è di facilitare la convergenza dei diritti nazionali verso regole comuni, in modo da evitare che la diversità di regimi giuridici continui a rappresentare un ostacolo al commercio transfrontaliero. Il contenuto del quadro comune dovrebbe emergere da un'attività di ricerca che sarà finanziata nei prossimi anni.<sup>128</sup> Benché in questa fase siano prematuri commenti dettagliati, non è fuori luogo domandarsi se l'intenzione di servirsi del quadro comune per completare il mercato unico sia destinata a produrre cambiamenti significativi nella distribuzione di competenze normative fra livello europeo e livello nazionale.

Il senso di questo interrogativo può essere chiarito osservando che i sistemi giuridici occidentali hanno costruito un delicato equilibrio fra regole contrattuali dei codici (o di formazione giurisprudenziale nei paesi di common law) e regole contrattuali contenute nella legislazione speciale. La natura del rapporto fra le une e le altre è oggetto di un dibattito che non è il caso di ripercorrere in questa sede.<sup>129</sup> Si può rilevare, comunque, che il ricorso alla legislazione speciale da parte degli Stati nazionali è apparso indispensabile per almeno due ragioni: governare la complessità delle relazioni contrattuali e realizzare finalità di tipo redistributivo. Le due motivazioni sono spesso presenti contemporaneamente, sicché è praticamente impossibile distinguere l'influenza che ciascuna di esse ha esercitato sulle scelte del legislatore. Nel caso più celebre di separazione dal diritto comune, quello del diritto del lavoro, il fattore redistributivo ha senza dubbio giocato un ruolo fondamentale, ma si potrebbe ricordare che il mercato del lavoro presenta peculiarità che sarebbero da sole sufficienti a giustificare una disciplina differenziata.<sup>130</sup> Analoghe considerazioni potrebbero formularsi con riferimento alla disciplina delle locazioni ed al mercato delle abitazioni.<sup>131</sup>

La connessione fra disciplina speciale, finalità redistributive e struttura dei mercati diventa particolarmente evidente nel settore delle comunicazioni e, più in generale, in tutti i servizi pubblici liberalizzati. Quanto alle finalità redistributive, la ricerca di un nuovo equilibrio fra diritto privato e regolazione deve fare i conti con la domanda di universalità, da soddisfare al di fuori dei meccanismi di mercato e per una gamma crescente di servizi. Non solo la privatizzazione dei monopoli pubblici ha prodotto un incremento delle aspettative degli utenti, ma anche l'enfasi delle istituzioni comunitarie sulla società dell'informazione e sugli investimenti nelle tecnologie a banda larga contribuisce a trasformare l'accesso ai servizi avanzati in un fattore di inclusione sociale.<sup>132</sup> Con riferimento alla struttura dei mercati, si è già rilevato che né la regolazione né le regole privatistiche possono prescindere da una valutazione delle strategie delle imprese in un contesto oligopolistico caratterizzato dalla presenza di effetti di rete e di costi di spostamento.

Sembra, quindi, che la tendenza alla frammentazione del diritto dei contratti, già evidente all'interno dei confini nazionali, sia ulteriormente alimentata dalle politiche europee di liberalizzazione.<sup>133</sup> L'interrogativo proposto in precedenza può ora essere riformulato in questi termini: in che modo la spinta alla convergenza verso un modello unitario di diritto contrattuale potrà conciliarsi con l'opposta esigenza di differenziazione che contraddistingue gli ordinamenti nazionali? La prima impressione è che il quadro

comune potrebbe determinare una restrizione degli spazi di manovra a disposizione degli Stati membri, sia con riferimento agli interventi che trovano giustificazione nelle peculiarità delle strutture di mercato che agli interventi di tipo redistributivo.

Se le misure orizzontali dimostreranno, come spera la Commissione, una notevole capacità di attrazione, il modello unitario contenuto nel quadro comune rischia di scoraggiare i tentativi di adattamento della disciplina contrattuale alle caratteristiche dei mercati. Si tratta, in effetti, di un problema già visibile: come rilevato in precedenza, il settore delle comunicazioni presenta caratteristiche che richiederebbero soluzioni specifiche. Il diritto europeo dei consumatori offre, invece, risposte basate prevalentemente sugli obblighi di informazione, che potrebbero però rivelarsi inadeguate. Non è escluso che il medesimo problema si riproponga su scala più vasta per l'intero diritto dei contratti. In uno scenario che non appare del tutto implausibile, il quadro comune si limiterebbe a riflettere le regole contrattuali che formano il nucleo del diritto comune nazionale. Tuttavia, il loro ambito di applicazione verrebbe esteso a settori nei quali gli Stati membri hanno già constatato l'inadeguatezza del diritto comune e preferiscono seguire la strategia della differenziazione.<sup>134</sup>

Non meno problematici potrebbero risultare gli interventi con finalità redistributive, attuati di solito con norme inderogabili. Nel piano d'azione la Commissione ribadisce più volte che la difformità fra le norme imperative nazionali rappresenta un ostacolo al funzionamento del mercato unico. Ci si potrebbe chiedere, quindi, se qualsiasi tentativo di introdurre o mantenere norme imperative diverse da quelle contenute nel quadro comune sia destinato a diventare causa di attriti ricorrenti fra le istituzioni comunitarie e nazionali.<sup>135</sup> La situazione potrebbe essere ulteriormente complicata dalla decisione della Commissione di abbandonare la tradizionale strategia dell'armonizzazione minima e di passare all'armonizzazione massima.<sup>136</sup> Si tratterebbe, ovviamente, di una svolta epocale, ma non è chiaro se i benefici in termini di eliminazione delle attuazioni nazionali differenziate siano superiori alle rigidità che accompagnerebbero il ricorso all'armonizzazione massima. Le recenti sentenze della Corte di giustizia sulla direttiva in materia di responsabilità del produttore testimoniano nel modo più evidente gli inconvenienti che potranno verificarsi se, una volta imboccata la strada dell'armonizzazione massima, le norme imperative nazionali saranno valutate esclusivamente nella prospettiva dell'integrazione dei mercati.<sup>137</sup>

Lo scenario che si è appena delineato potrebbe essere tacciato di eccessivo pessimismo. La logica dell'azione comunitaria e degli interventi nazionali non sono necessariamente destinate ad entrare in collisione. Un utile parallelo potrebbe essere rappresentato dall'interpretazione delle norme relative alla libera circolazione delle merci e alle misure di effetto equivalente (art. 28 e 30 Trattato CE). Anche in questo caso gli interessi protetti da regolazioni nazionali sono stati spesso sacrificati all'obiettivo dell'integrazione. Si è trattato, però, di un'azione rivolta a smantellare le misure che avevano come unico scopo la protezione di imprese nazionali dalla concorrenza. Un adeguato riconoscimento è stato, invece, concesso alla volontà degli Stati di realizzare interessi pubblici che fossero compatibili con il mercato unico.<sup>138</sup> Non può escludersi che il medesimo bilanciamento di interessi sia realizzabile con riferimento alle regole contrattuali. Nel caso dei servizi di interesse generale, inoltre, le principali divergenze sul

versante degli interventi redistributivi potrebbero essere risolte attraverso le misure che sono attualmente in preparazione.<sup>139</sup>

Il tono del dibattito sviluppatosi intorno alle iniziative della Commissione induce, però, ad evitare un eccessivo ottimismo. I progetti di codificazione sono spesso presentati nei termini di una soluzione definitiva ai problemi di costruzione di un diritto europeo.<sup>140</sup> Sarebbe opportuno, invece, dedicare maggiore attenzione all'individuazione dei percorsi che dovrebbero consentire di coordinare il livello nazionale ed il livello comunitario di produzione normativa. Il prossimo futuro richiederà un notevole affinamento degli strumenti che consentano di conciliare il funzionamento del mercato unico con l'autonomia di cui gli Stati continueranno a disporre. Il principio di supremazia del diritto comunitario rappresenta una riposta inadeguata in un sistema che è ben lontano da una struttura organizzata gerarchicamente in senso verticale, ma presenta piuttosto una distribuzione di competenze su più livelli, ciascuno dei quali deve accettare una restrizione della sua sfera di influenza.<sup>141</sup>

Il carattere frammentario delle soluzioni e l'imprecisione delle formule che governano i rapporti fra i diversi livelli non dovrebbero far dimenticare che i progetti di codificazione sono solo uno degli strumenti che influenzeranno l'equilibrio fra le varie funzioni assolve dal diritto dei contratti. E' necessario, quindi, andare alla ricerca di meccanismi istituzionali che favoriscano il più ampio confronto fra argomentazioni relative al funzionamento del mercato unico, argomentazioni relative alla congruenza fra regole contrattuali e struttura dei mercati e argomentazioni di tipo distributivo. La costruzione di tali meccanismi rappresenta probabilmente il percorso meno impervio per selezionare soluzioni che siano dotate di un elevato grado di accettabilità in un'Unione allargata ma, allo stesso tempo, rappresentino risposte adeguate alla complessità dei problemi da risolvere.

## **4.2. La costruzione di un nuovo equilibrio fra diritto privato e regolazione**

L'analisi dei rapporti fra diritto privato e regolazione è sicuramente influenzata dal più ampio dibattito sui rapporti fra Stato ed economia. E' evidente la tendenza a ritenere che diritto privato e disciplina amministrativa dei servizi pubblici debbano essere coerenti con l'ispirazione di fondo delle politiche economiche statali. Non è difficile scorgere una certa simmetria fra il ruolo assunto dagli Stati nazionali nelle varie epoche storiche ed il modo in cui si è proposto di interpretare le funzioni del diritto privato e del diritto amministrativo.

Si tratta, però, di un'influenza alla quale è bene sottrarsi. Né il diritto privato né il diritto amministrativo hanno mostrato un tale livello di permeabilità da assorbire immediatamente e senza contrasti le politiche dominanti in un certo periodo. Si può escludere, ad esempio, che il diritto privato italiano sia stato via via caratterizzato da un'impostazione liberale, corporativa e sociale, fino a diventare, nell'ultimo quarto di secolo, un duttile strumento nelle mani dello Stato regolatore.<sup>142</sup>

Decisamente più proficuo, invece, è ritenere che il cambiamento delle politiche economiche non produca l'immediata sostituzione del precedente assetto istituzionale con un altro, perfettamente allineato alle nuove direttive. Un'ipotesi più plausibile è che l'adattamento avvenga in modo incrementale, segua percorsi largamente condizionati dagli assetti istituzionali esistenti e produca esiti non prevedibili

all'avvio del processo di riforma.<sup>143</sup> La relativa stabilità delle istituzioni fa supporre che la coesistenza di vecchi e nuovi strumenti sia un evento tutt'altro che infrequente, così come l'impiego di vecchi strumenti per realizzare nuovi obiettivi.<sup>144</sup>

L'evoluzione del settore delle comunicazioni riflette la dinamica appena descritta. Il cambiamento degli obiettivi (dal monopolio pubblico alla regolazione della concorrenza) non è stato seguito dall'introduzione di nuovi strumenti, adeguati alle caratteristiche dei mercati. Si è cercato, invece, di fronteggiare i nuovi compiti di regolazione adattando i moduli tradizionali dell'azione amministrativa e le regole privatistiche normalmente applicate ai contratti dei consumatori.

L'assenza di cambiamento non implica automaticamente un giudizio negativo sull'attuale assetto istituzionale: è possibile, infatti, che i tradizionali strumenti di intervento abbiano garantito la flessibilità necessaria per realizzare gli obiettivi della regolazione.<sup>145</sup> Una valutazione più accurata degli effetti prodotti dall'impiego di tali strumenti richiede, però, un confronto con soluzioni istituzionali alternative. I rapporti fra diritto privato e regolazione possono dar luogo ad una notevole varietà di combinazioni. Ciascuna di esse può essere misurata in termini di compatibilità con gli assetti istituzionali esistenti, di efficienza, di efficacia o di capacità di realizzare gli esiti distributivi desiderati. E' opportuno, quindi, cercare di schematizzare le modalità di interazione più probabili. Tale esercizio dovrebbe consentire di esprimere giudizi più accurati sull'attuale assetto istituzionale, ma anche di formulare previsioni sulla direzione in cui i sistemi di regolazione potrebbero evolversi.

In via preliminare, possiamo classificare i rapporti fra diritto privato e regolazione in termini di completa separazione, parziale sovrapposizione o completa sovrapposizione. Si tratta evidentemente di una classificazione che non mira a ricostruire le reali modalità di interazione fra diritto privato e azione amministrativa, ma serve come punto di partenza per selezionare le combinazioni da porre al centro dell'analisi. Si tratta, cioè, di mettere in evidenza che, delle tre categorie individuate, solo la parziale sovrapposizione offre una ricostruzione convincente delle interazioni osservabili. Le due posizioni estreme trovano appoggio in una parte della letteratura, ma appaiono meno utili per l'interpretazione dei processi di liberalizzazione.

La completa separazione delle sfere di applicazione suppone che la regolazione entri in gioco quando il diritto privato si dimostri inadeguato a gestire gli effetti indesiderati di attività economiche (ad es. esternalità). I costi di azioni giudiziarie individuali, il limitato effetto deterrente dei rimedi applicabili ex post e le limitate informazioni di cui dispongono i giudici suggerirebbero il ricorso a strumenti diversi dal diritto privato.<sup>146</sup>

Tale ricostruzione non tiene conto della coesistenza di diritto privato e regolazione nei settori liberalizzati, più volte segnalata nelle pagine precedenti. Le politiche europee nel campo dei servizi di interesse generale e della tutela dei consumatori hanno rafforzato il legame fra regole contrattuali e struttura dei mercati. Continuare a parlare di completa separazione significa ignorare la possibilità che diritto privato e regolazione svolgano compiti identici. In termini più generali, la tesi della separazione presuppone una notevole fiducia nelle capacità della regolazione di attuare gli obiettivi programmati. Una vasta esperienza accumulata in diversi ordinamenti dimostra, invece, che qualsiasi forma di regolazione

presenta punti deboli e può condurre a risultati fallimentari se non è affiancata da altri strumenti che suppliscano alle sue carenze.<sup>147</sup>

All'estremo opposto troviamo le ricostruzioni in termini di completa sovrapposizione fra diritto privato e regolazione. In questo caso, la premessa è la negazione di qualsiasi differenza fra i valori e gli interessi perseguiti attraverso il diritto comune e quelli perseguiti attraverso la regolazione. Ne deriva la proposta di estendere al diritto comune le medesime finalità (ridistribuzione delle risorse, correzione degli squilibri di potere contrattuale, ecc.) normalmente affidate alla legislazione speciale.<sup>148</sup>

Il tentativo di falsificare la contrapposizione fra il nucleo del diritto comune e la legislazione che persegue finalità sociali è del tutto compatibile con la più volte rilevata coesistenza di diritto privato e regolazione nei settori liberalizzati. Il primo può essere chiamato ad operare dove la seconda risulterebbe più costosa o meno efficace. Tuttavia, il modello della completa sovrapposizione presenta l'inconveniente di eliminare qualsiasi differenza fra le modalità di produzione e di applicazione delle regole privatistiche e della disciplina amministrativa. Detto altrimenti, la condivisione degli obiettivi fra le due aree lascia aperti gli interrogativi sui criteri di scelta dei meccanismi istituzionali che dovrebbero realizzarli.

La ricostruzione dei rapporti fra diritto privato e regolazione in termini di parziale sovrapposizione evita i problemi sollevati dalle posizioni estreme. I due strumenti di intervento possono essere collocati sullo stesso piano e confrontati lungo tre dimensioni: modalità di produzione di regole, forme di controllo della loro applicazione e rimedi disponibili in caso di violazione.<sup>149</sup> Nel diritto privato e nei sistemi di regolazione ciascuno di questi aspetti presenta differenti caratteristiche, ad esempio in relazione ai costi di attivazione, alle informazioni disponibili e agli interessi presi in considerazione.<sup>150</sup> L'obiettivo finale del confronto è l'individuazione dei casi in cui uno dei due strumenti di intervento si dimostra superiore all'altro sul versante della produzione di regole, dei controlli o dei rimedi. A differenza del modello di completa separazione, l'ipotesi di lavoro è che nessuno dei due strumenti è sempre superiore all'altro in tutte e tre le dimensioni. Inoltre, contrariamente al modello di completa sovrapposizione, si suppone che il ricorso al diritto privato o alla regolazione possa condurre ad esiti differenti.

Combinare diritto privato e regolazione appare l'unica strada percorribile per disegnare una struttura istituzionale che possa fronteggiare i problemi dei settori liberalizzati. Tuttavia, è opportuno sottolineare che questo percorso impone di misurarsi con due problemi, fra loro strettamente collegati. In primo luogo, l'idea che due strumenti siano meglio di uno non può essere interpretata come una garanzia di successo. L'impiego congiunto di diritto privato e regolazione può servire ad evitare le debolezze dell'uno e dell'altra, ma può anche produrre un'interazione controproducente che neutralizza gli effetti di uno o di entrambi gli strumenti.<sup>151</sup> La discussione del settore delle comunicazioni proposta nelle pagine precedenti sembrerebbe offrire un esempio in tal senso: la regolazione dei contratti di utenza residenziale potrebbe avere l'effetto di ridurre il campo di applicazione dei rimedi privatistici o rendere più difficile la loro applicazione.

Il rischio di un'interazione controproducente può essere evitato affrontando il secondo problema. Si tratta, cioè, di accettare l'idea che i nuovi compiti della regolazione richiedano profondi cambiamenti sia sul versante del diritto amministrativo che su quello del diritto privato. I cambiamenti richiesti al diritto amministrativo riguardano il passaggio da forme di intervento di tipo gerarchico a forme di intervento che



garantiscono un maggiore coinvolgimento dei soggetti regolati. La principale motivazione dietro tale cambiamento è l'inefficacia di regolazioni costruite interamente su rapporti di tipo gerarchico. Un'esperienza pluridecennale ha messo in luce le difficoltà che i regolatori incontrano quando cercano di predisporre standard di comportamento in industrie soggette a rapidi cambiamenti, di farli rispettare e di superare le resistenze dei soggetti regolati.<sup>152</sup> Il tentativo di creare procedure di negoziazione o reti di collaborazione che permettano di distribuire i compiti di regolazione fra soggetti pubblici e privati mira da un lato a ridurre i costi dell'intervento pubblico, dall'altro a renderlo più efficace attraverso il coinvolgimento diretto dei destinatari delle regole.<sup>153</sup>

I cambiamenti richiesti al diritto privato sono direttamente speculari. Laddove una parte dei compiti di regolazione sia affidata a soggetti non statali, diventa cruciale l'individuazione di forme di controllo che permettano di incorporare nell'attività privata gli obiettivi individuati dalla legislazione statale. E' possibile, cioè, che tali obiettivi assumano diretta rilevanza per l'attività contrattuale di imprese regolate, oppure che la loro violazione diventi fonte di responsabilità extracontrattuale. La conformazione dell'attività privata servirebbe a garantire che la delega di funzioni di regolazione non si trasformi in un mezzo per aggirarla.<sup>154</sup>

Non è improbabile che i cambiamenti ipotizzati alimentino un certo scetticismo. Il tentativo di trarre vantaggio dal coinvolgimento dei privati nei processi di regolazione potrebbe risultare difficilmente conciliabile con la proposta di vincolarli ad obiettivi prestabiliti. Inoltre, seri dubbi potrebbero avanzarsi sulla possibilità che i moduli tradizionali dell'azione amministrativa e le regole privatistiche si prestino alle manipolazioni necessarie per garantire una combinazione ottimale.<sup>155</sup>

Preme, comunque, rilevare che la combinazione ottimale di diritto privato e regolazione non è un problema puramente teorico, ma richiede precise scelte di ingegneria istituzionale. A dispetto dei frequenti riferimenti all'idea dello Stato regolatore, non è affatto scontato che tale espressione indichi la convergenza dei sistemi occidentali verso un unico modello di rapporti fra Stato ed economia.<sup>156</sup> Se ci limitiamo a considerare i cambiamenti prospettati per il diritto privato e le forme di regolazione, una delle principali condizioni perché si realizzino è il rafforzamento del regolatore, al quale spetterebbe il compito di coordinare e monitorare su base permanente i rapporti con i privati. Da questo punto di vista, l'attuazione italiana delle direttive sulle reti di comunicazioni elettroniche potrebbe rivelarsi un'occasione perduta. Non solo non sono previste risorse aggiuntive per l'AGCOM, ma si mantiene l'attuale distribuzione di funzioni fra l'Autorità e il ministero.<sup>157</sup> In un quadro che potrebbe essere definito di tendenziale indebolimento dei poteri indipendenti,<sup>158</sup> è estremamente difficile immaginare che il regolatore acquisisca la credibilità necessaria per introdurre strumenti innovativi.

## Note

- \* Questo lavoro è stato realizzato nell'ambito del progetto di ricerca Miur 2000 su Analisi economica comparata delle istituzioni e complessità istituzionale delle forme di governance nella prospettiva della teoria dei contratti incompleti, coordinato da Ugo Pagano.
- <sup>1</sup> Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM (2001) 531 def. del 2 ottobre 2001, nonché la successiva comunicazione della Commissione dell' 11 giugno 2002, Seguito dato al Libro verde sulla tutela dei consumatori nella UE, COM (2002) 289 def., e la proposta di direttiva quadro sulle pratiche commerciali sleali, COM (2003) del 17 giugno 2003; comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo, *GUCE* C 255/1 del 13 settembre 2001, seguita dalla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione, *GUCE* C 63/1 del 14 marzo 2003.
- <sup>2</sup> Nessun riferimento ai servizi di interesse generale è rintracciabile nel Libro verde sulla tutela dei consumatori e nella comunicazione sul diritto contrattuale europeo. V., però, la comunicazione della Commissione, *Piano d'azione per la politica dei consumatori 1999-2001*, COM (98) 696, in cui si fa riferimento al giusto equilibrio fra liberalizzazione necessaria per migliorare la competitività e misure relative a sopportabilità, qualità e trasparenza che assicurino una scelta effettiva dei consumatori, nonché la comunicazione della Commissione sulla *Consumer policy strategy 2002-2006*, *GUCE* C137/2 dell'8 giugno 2002, che include i servizi di interesse generale fra le aree in cui è necessario assicurare un elevato livello comune di protezione dei consumatori.
- <sup>3</sup> Questo aspetto emerge, ad esempio, nelle discussioni sulla collocazione di un corpo di regole che deriva dall'attività normativa di autorità indipendenti nella gerarchia tradizionale delle fonti del diritto privato. V., in proposito, V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, 2001, 529; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. privato*, 2001, 515.
- <sup>4</sup> Nei paesi, come la Gran Bretagna, che hanno sperimentato fenomeni di privatizzazione e regolazione prima degli interventi comunitari, il passaggio da relazione bilaterali a relazioni trilaterali è stato rilevato da tempo: v., ad es., M. FREEDLAND, *Law, Public Services, and Citizenship - New Domains, New Regimes ?*, in M. FREEDLAND e S. SCIARRA (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Pr., 1998, 7: "(t)he bilateral relationship between State and citizen in the purely public sector, and for that matter the bilateral relationship between the citizen and the private service provider in the purely private sector, are transformed into trilateral relationships between State, citizen, and public service provider in the intermediate public-service sector."
- <sup>5</sup> V. P. SLOT e A. SKUDDER, *Common Features of Community Law Regulation in the Network-Bound Sectors*, 38 *Common Market L. Rev.* 87 (2001); J. PELKMANS, *Making EU Network Markets Competitive*, 17 *Oxford Rev. Econ. Policy* 432 (2001).
- <sup>6</sup> Di "conflicting priorities" parlano L. BERGMAN e al., *Europe's Network Industries: Conflicting Priorities - Telecommunications*, CEPR, London, 1998, 34ss..
- <sup>7</sup> V. W. SANDHOLTZ, *The Emergence of a Supranational Telecommunications Regime*, in W. SANDHOLTZ e A. STONE SWEET (a cura di), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford UP, 1998, 140ss..
- <sup>8</sup> V. V. SCHNEIDER e al., *Corporate Actor Networks in European Policy-Making: Harmonizing Telecommunications Policy*, 32(4) *J. Comm. Market Stud.* 473 (1994); J. ESSER e R. NOPPE, *Private Muddling Through as a Political Programme ? The Role of the European Commission in the Telecommunications Sector in the 1980s*, 19 (3) *West Eur. Pol.* 547 (1996); I. BARTLE, *Transnational Interests in the European Union: Globalization and Changing Organization in Telecommunications and Electricity*, 37(3) *J. Comm. Market Stud.* 363 (1999); G. NATALICCHI, *Wiring Europe. Reshaping the European Telecommunications Regime*, Rowman & Littlefield Pubs., 2001, 198ss..
- <sup>9</sup> E, più in generale, nell'intero sistema di governo europeo: v., in proposito, S. MAZEY e J. RICHARDSON, *Institutionalizing Promiscuity: Commission-Interest Group Relations in the EU*, in A. STONE SWEET, W. SANDHOLTZ e N. FLIGSTEIN (a cura di), *The Institutionalization of Europe*, Oxford UP, 2001, 71.

- <sup>10</sup> I dati sul deficit commerciale europeo nel settore degli apparati di telecomunicazione sono riportati in H. UNGERER e N.P. COSTELLO, *Le telecomunicazioni in Europa*, Commissione delle Comunità europee, 1989, 115ss. V. anche W. SANDHOLTZ, *High-Tech Europe: The Politics of International Cooperation*, U. Cal. Pr., 1992, 117ss..
- <sup>11</sup> V. J. ESSER e R. NOPPE, *Private Muddling Through* cit., 548, per l'osservazione che il metodo politico impiegato nel settore delle telecomunicazioni consiste nella creazione di 'arene': "(t)he purpose of these arenas is to enable the private economic actors to reach compromises accommodating their very diverse interests... Therefore, the European Commission, this supposedly corporate actor, is in the end merely enabling the 'muddling through' by the private actors." Secondo BARTLE, *Transnational Interests in the European Union* cit., 378, "(t)he Commission ... cannot be seen as an autonomous actor, and its greater success in the telecommunications sector can, in part, be explained by the external support it has received." Su posizioni analoghe P. HUMPHREYS e S. SIMPSON, *European Telecommunications and Globalization*, in P. GUMMETT (a cura di), *Globalization and Public Policy*, Elgar, 1996, 105. NATALICCHI, *Wiring Europe* cit., 112s., ritiene che, oltre a svolgere un'attività di coordinamento, le istituzioni comunitarie abbiano anche agito da filtro, allineando tempi di eliminazione delle barriere esterne e tempi di adattamento dei mercati europei al nuovo contesto internazionale. D. LEVI-FAUR, *On the 'Net' Impact of Europeanization. The EU's Telecoms and Electricity Regimes between the Global and the National*, European Integration online Papers, 2002 (<http://olymp.wu-wien.ac.at/eiop/>) ritiene invece che l'avvio del processo di liberalizzazione sia stata maggiormente influenzato dall'imitazione delle politiche nazionali che dalle iniziative della Commissione.
- <sup>12</sup> Ovviamente, è possibile sostenere che i gruppi di interessi abbiano condizionato anche tali scelte attraverso le pressioni esercitate sulla Commissione ed il 'reverse lobbying' sui governi nazionali. Tuttavia, a differenza delle misure di liberalizzazione, gli interventi di tipo regolatorio non sono immediatamente ricollegabili alle preferenze di determinate categorie di operatori.
- <sup>13</sup> V. SANDHOLTZ, *The Emergence of a Supranational Telecommunications Regime*, cit., 150s.. Dello stesso autore v. anche *High-Tech Europe* cit., 143ss., per una dettagliata descrizione dei programmi ESPRIT (European Strategic Programme for Research and Development in Information Technology) e RACE (R&D in Advanced Communications Technologies in Europe).
- <sup>14</sup> Comunicazione della Commissione, *European Society Faced with the Challenge of New Information Technologies: A Community Response*, COM (79) 650 fin. del 26 novembre 1979. V. SANDHOLTZ, *High-Tech Europe* cit., 161ss.
- <sup>15</sup> Raccomandazione del Consiglio 84/549/ECC relativa all'attuazione dell'armonizzazione nel settore delle telecomunicazioni, GUCE L298/49 del 16 novembre 1984; Raccomandazione del Consiglio 84/550/EEC concernente la prima fase di apertura degli appalti pubblici per le telecomunicazioni, GUCE L 298/51 del 16 novembre 1984.
- <sup>16</sup> Direttiva del Consiglio 86/361/CEE del 24 luglio 1986 concernente la prima fase del reciproco riconoscimento dell'omologazione delle apparecchiature terminali di telecomunicazioni, GUCE L 217/21 del 5 agosto 1986. V. le osservazioni di I. WALDEN, *European Union Telecommunications Law*, in I. WALDEN e J. ANGEL (a cura di), *Telecommunications Law*, Blackstone Pr., 2001, 287s., e di M. THATCHER, *The Commission and National Governments As Partners: EC Regulatory Expansion in Telecommunications 1979-2000*, 8(4) *J. Eur. Pub. Pol.* 558, 563 (2001).
- <sup>17</sup> Verso un'economia europea dinamica - Libro verde sullo sviluppo di un mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni, COM (87) 290 del 18 novembre 1987.
- <sup>18</sup> Verso un mercato comunitario competitivo delle telecomunicazioni entro il 1992. Attuazione del Libro verde sullo sviluppo di un mercato comune dei servizi e delle apparecchiature di telecomunicazione. Situazione attuale delle discussioni e delle proposte della Commissione, COM (88) 48, 29 febbraio 1988. V., in proposito, UNGERER e COSTELLO, *Le telecomunicazioni in Europa*, cit., 243ss.. La Commissione non mancò di sfruttare l'effetto di traino che derivava dal collegamento, ampiamente enfatizzato nello stesso Libro verde, fra il completamento del mercato unico europeo entro il 1992 e la riforma delle telecomunicazioni. V. NATALICCHI, *Wiring Europe* cit., 187.
- <sup>19</sup> Direttiva della Commissione 88/301/CEE del 16 maggio 1988 relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni, GUCE L 131/73 del 27 maggio 1988. Il terzo comma dell'art. 86 attribuisce alla Commissione il potere di emanare direttive o decisioni per assicurare che le imprese titolari di diritti speciali o esclusivi (primo comma dell'art. 86) o incaricate dello svolgimento di

- servizi di interesse economico generale (secondo comma dell'art. 86) non violino le disposizioni del Trattato.
- <sup>20</sup> Risoluzione del Consiglio del 30 giugno 1988 sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e delle apparecchiature di telecomunicazione entro il 1992, *GUCE* C 257/1 del 4 ottobre 1988, riprodotta in UNGERER e COSTELLO, *Le telecomunicazioni in Europa*, cit., 263ss.. Sulla posizione del Consiglio v. le osservazioni di P. LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Pub., 2000, 42.
- <sup>21</sup> V. LAROCHE, *Competition Law and Regulation* cit., 43ss..
- <sup>22</sup> Direttiva del Consiglio 90/387 del 28 giugno 1990 sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (Open Network Provision - ONP), *GUCE* L 192/1 del 24 luglio 1990; Direttiva della Commissione 90/388 del 28 giugno 1990 sulla concorrenza nel mercato dei servizi di telecomunicazioni, *GUCE* L 192/10 del 24 luglio 1990.
- <sup>23</sup> Corte giust. 20 marzo 1985, causa C-41/83, *Italia c. Commissione (British Telecom)*, *Racc.*, 833, nonché in *Foro it.*, 1986, IV, 4.
- <sup>24</sup> Corte giust. 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, *Racc.*, I-1223, nonché in *Riv. giur. energia elettrica*, 1991, 613; 17 novembre 1992, cause riunite C-271/90, C-281/90 e C-289/90, *Spagna e al. c. Commissione*, *Racc.*, p. I-5833. LAROCHE, *Competition Law and Regulation* cit., 48ss., rileva due incongruenze nelle argomentazioni della Corte: in primo luogo, affermare che le direttive della Commissione si limitano a precisare gli obblighi che derivano da norme dei Trattati è in contrasto con la dottrina dell'effetto diretto, che rende superflua qualsiasi misura di attuazione; in secondo luogo, ritenere che i poteri conferiti alla Commissione (terzo comma dell'art. 86) e al Consiglio (art. 95 (ex art. 100a) del Trattato CE) siano in parte coincidenti contrasta con la consolidata giurisprudenza che richiede di individuare in ogni caso un'unica base giuridica.
- <sup>25</sup> Risoluzione del Consiglio del 22 luglio 1993 concernente la relazione sulla situazione nel settore dei servizi di telecomunicazione e sulla necessità di ulteriori sviluppi in tale mercato, *GUCE* C 213/1 del 6 agosto 1993; Risoluzione del Consiglio del 22 dicembre 1994 su principi e calendario della liberalizzazione delle infrastrutture di telecomunicazione, *GUCE* C 379/3 del 31 dicembre 1994.
- <sup>26</sup> V. HUMPHREYS e SIMPSON, *European Telecommunications and Globalization*, cit., 114s..
- <sup>27</sup> V., in particolare, i casi Atlas/Global One (Francia e Germania), Unisource (Olanda, Svezia e Svizzera), Telia/Telenor (Svezia e Norvegia) e, per l'Italia, la decisione sulla seconda licenza GSM, discussi da LAROCHE, *Competition Law and Regulation* cit., 56ss., 308ss. e da M. NAFTEL e L.J. SPIWAK, *The Telecoms Trade War*, Hart Pub., 2000, 419ss.. V. anche THATCHER, *The Commission and National Governments As Partners* cit., 572: "(a)s liberalization developed, so too did Commission acceptance of co-operation among [Public Telecommunications Operators]."
- <sup>28</sup> V. I. WALDEN, *The International Regulatory Regime*, in I. WALDEN e J. ANGEL (a cura di), *Telecommunications Law*, cit., 369ss..
- <sup>29</sup> V. T. KIESSLING e Y. BLONDEEL, *The EU Regulatory Framework in Telecommunications: A Critical Analysis*, 22(7) *Tel. Policy* 571, 574 (1998): "(t)he central objective of Member States is to control the evolving national regulatory and market environment. It is therefore in the interest of Member States to keep the Commission from extending its regulatory powers into areas which the Member States consider to be under national regulatory responsibility."
- <sup>30</sup> Direttiva della Commissione 94/46/CE del 13 ottobre 1994 che modifica la Direttiva 88/301/CEE e la Direttiva 90/388/CEE in particolare in relazione alle comunicazioni via satellite, *GUCE* L 268/15 del 19 ottobre 1994; Direttiva della Commissione 95/51/CE del 18 ottobre 1995 sull'uso di reti televisive via cavo, *GUCE* L 256/49 del 26 ottobre 1995; Direttiva 96/2/CE del 16 gennaio 1996 sulle comunicazioni mobili, *GUCE* L 20/59 del 26 gennaio 1996; Direttiva della Commissione 96/19/CE del 13 marzo 1996 che modifica la Direttiva 90/388/CEE al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni, *GUCE* L 74/13 del 22 marzo 1996.
- <sup>31</sup> Di diverso avviso è L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, 1999, 46: "le norme delle direttive ex art. 90, par. 3 hanno carattere sostanzialmente dichiarativo del contenuto concreto degli obblighi del Trattato ... le direttive di armonizzazione tendono invece ad andare oltre, ponendo una disciplina "in positivo", ossia una serie di obblighi nuovi, non necessariamente ricavabili direttamente dal Trattato ma volti a colmare le lacune create dal venir meno delle norme rese inapplicabili dalle direttive basate sull'art. 90, par. 3...".

- <sup>32</sup> V. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation* cit., 67, il quale sottolinea (p. 62) che la Commissione emanò tutte le sue direttive prima delle direttive di liberalizzazione, in modo da condizionare la discussione dinanzi al Consiglio ed al Parlamento europeo. Analoghe considerazioni sono proposte da P. NIHOUL, *Convergence in European Telecommunications: A Case Study on the Relationship Between Regulation and Competition (Law)*, *Int. J. Commun. L. & Pol.*, Issue 2, 1998/99, 30 (<http://www.digital-law.net/IJCLP/>): "the provisions were adopted by the Council and the Parliament on the basis of decisions made beforehand by the Commission. In one word, they appear to implement a program designed by the Commission."
- <sup>33</sup> Alcuni degli esempi più significativi in questa fase sono le Linee direttrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della CEE nel settore delle telecomunicazioni, *GUCE* C 233/2 del 6 settembre 1991; la Comunicazione della Commissione relativa ai criteri di valutazione dei regimi nazionali di calcolo dei costi e del finanziamento del servizio universale nel settore delle telecomunicazioni ed agli orientamenti agli Stati membri in merito al funzionamento di tali regimi, COM (96) 608 def. del 27 novembre 1996; la Raccomandazione della Commissione 98/195/CE dell'8 gennaio 1998 sull'interconnessione in un mercato delle telecomunicazioni liberalizzato (Parte 1 – Fissazione dei prezzi d'interconnessione), *GUCE* L 73/42 del 12 marzo 1998; la Raccomandazione della Commissione 98/195/CE dell'8 aprile 1998 sull'interconnessione in un mercato liberalizzato delle telecomunicazioni (Parte 2 – Separazione contabile e contabilità dei costi), *GUCE* L 141/6 del 13 maggio 1998.
- <sup>34</sup> V. THATCHER, *The Commission and National Governments As Partners* cit., 572: "(a) further reason for national governments accepting EC regulation (and opposing a powerful EC authority) is that they retained considerable power within the new framework. Much EC legislation remained general, and the committee system gave member states and their PTOs a strong voice in detailed rule-making." Analoghe considerazioni sono proposte da S.K. SCHMIDT, *Commission Activism: Subsuming Telecommunications and Electricity Under European Competition Law*, 5(1) *J. Eur. Pub. Pol.* 169 (1998).
- <sup>35</sup> V. D. GERADIN, *Institutional Aspects of EU Regulatory Reforms in the Telecommunications Sector: An Analysis of the Role of National Regulatory Authorities*, 1 *J. Network Ind.* 5 (2000); M. THATCHER, *The Causes and Consequences of Regulation by Networks: Telecommunications in Europe*, European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, 2002 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, in corso di pubblicazione in C.D. EHLERMANN e I. ATANASIU (a cura di), *European Competition Law Annual 2002: Constructing The EU Network of Competition Authorities*, Hart Pub., 2003.
- <sup>36</sup> Direttiva 97/13/CE del 10 aprile 1997 su autorizzazioni generali e licenze individuali, *GUCE* L 117/15 del 7 maggio 1997, art. 7 (casi in cui può essere richiesta una licenza individuale: sull'elaborazione di questa norma ed il contrasto fra le posizioni della Commissione e del Consiglio v. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation* cit., 86s.) e art. 10 (limitazione del numero di licenze individuali in caso di scarsità di frequenze e di numeri: per l'osservazione che questa norma consente di influenzare la struttura del mercato e di creare barriere all'entrata v. P. XAVIER, *The Licensing of Telecommunications Suppliers*, 22(6) *Tel. Policy* 483 (1998); KIESSLING e BLONDEEL, *The EU Regulatory Framework in Telecommunications* cit., 584s.; G. RIZZO, *Accesso al mercato e concorrenza nelle telecomunicazioni. Il ruolo delle autorizzazioni nella prospettiva della convergenza*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 907).
- <sup>37</sup> Direttiva 97/33/CE del 30 giugno 1997 sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta (ONP), *GUCE* L 199/32 del 26 luglio 1997, art. 7(2). La possibilità di introdurre un regime differenziato di tariffe di interconnessione è stata sfruttata dalla Francia: v. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation* cit., 76ss..
- <sup>38</sup> Dir. 97/33, art. 5(1). La principale conseguenza di un ampliamento delle categorie di operatori chiamate a contribuire al servizio universale è la riduzione degli oneri a carico dell'ex monopolista: v. ancora LAROUCHE, *Competition Law and Regulation* cit., 71ss..
- <sup>39</sup> Dir. 97/33, art. 4(3): "(s) presume che un organismo disponga di una quota di mercato significativa quando detiene oltre il 25% della quota di un particolare mercato delle telecomunicazioni nell'area geografica di uno Stato membro entro il quale è autorizzato ad operare." Il secondo comma dello stesso paragrafo attribuisce alle autorità nazionali il potere di escludere il significativo potere di mercato in presenza di quote di mercato superiori o, viceversa, di ammetterlo per quote inferiori. La medesima definizione è ripresa nella Direttiva 92/44/CEE del 5 giugno 1992 sull'applicazione della

- fornitura di una rete aperta (ONP) alle linee affittate, *GUCE* L 165/27 del 19 giugno 1992, art. 2(3), inserito dalla Direttiva 97/51/CE del 6 ottobre 1997 che modifica le direttive del Consiglio 90/387/CEE e 92/44/CEE per adeguarle al contesto concorrenziale delle telecomunicazioni, *GUCE* L 295/23 del 29 ottobre 1997, nonché nell'art. 2(2)(i) della Direttiva 98/10/CE del 26 febbraio 1998 sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale. Si noti che le direttive della Commissione non contengono alcun riferimento alla nozione di significativo potere di mercato.
- <sup>40</sup> V. A. TARRANT, *Significant Market Power and Dominance in the Regulation of Telecommunications Markets*, *Eur. Comp. L. Rev.*, 2000, 320, 324: "(t)he vagueness of the significant market power concept means that potentially any operator in any part of the value chain could be regulated by an National Regulatory Authority."
- <sup>41</sup> V. Direttiva 95/62/CE del 13 dicembre 1995 sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale, *GUCE* L 321/6 del 30 dicembre 1995, sostituita dalla Direttiva 98/10/CE del 26 febbraio 1998 sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale, *GUCE* L 101/24 del 1° aprile 1998; Direttiva 97/66/CE del 15 dicembre 1997 sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, *GUCE* L 24/1 del 30 gennaio 1998; Direttiva 98/61/CE del 24 settembre 1998 che modifica la Direttiva 97/33/CE per quanto concerne la portabilità del numero di operatore e la preselezione del vettore, *GUCE* L 268/37 del 3 ottobre 1998.
- <sup>42</sup> Art. 16 Trattato CE. La Dichiarazione n. 13 annessa al Trattato di Amsterdam afferma che l'attuazione dell'art. 16 deve avvenire nel rispetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare per quanto riguarda i principi di eguaglianza di trattamento, qualità e continuità dei servizi. L'intensa attività di lobbying delle organizzazioni francesi è descritta da A. HERITIER, *Market Integration and Social Cohesion: The Politics of Public Services in European Regulation*, 8(5) *J. Eur. Pub. Pol.* 825 (2001). Sull'evoluzione parallela delle politiche di liberalizzazione e delle iniziative per la salvaguardia degli interessi non economici legati ai servizi pubblici v. anche C. SCOTT, *Changing Patterns of European Community Utilities Law and Policy: An Institutional Hypothesis*, in J. SHAW e G. MORE (a cura di), *New Legal Dynamics of European Union*, Clarendon Pr., 1995, 193. Il primo intervento della Commissione sul tema, sollecitato dal Parlamento europeo, fu la Comunicazione COM (96) 443 sui servizi di interesse generale in Europa, *GUCE* C 281/3 del 26 settembre 1996, successivamente aggiornata dalla Comunicazione COM (2000) 580 def. del 20 settembre 2000, *GUCE* C 17/4 del 19 gennaio 2001.
- <sup>43</sup> V. le osservazioni di M. ROSS, *Article 16 E.C. and Services of General Interest: From Derogation to Obligation ?*, *Eur. L. Rev.*, 2000, 28; J. FOURNIER, *La teoria francese di servizio pubblico e il diritto comunitario*, in E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Raffaello Cortina Ed., 2000, 3; J.-C. PIELOW, *Il "service public" e l'art. 16 del Trattato CE da un punto di vista tedesco*, *ibid.*, 53; F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, il Mulino, 2002, 67s..
- <sup>44</sup> V. S. RODRIGUES, *Réforme des entreprises de réseau et services publics de qualité: le mandat de Barcelone*, *Rev. Marché Comm. Union Eur.*, 2002, 291. Per un aggiornamento sulle iniziative della Commissione v. la Relazione al Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001 sui Servizi di interesse generale, COM (2001) 598 def.; il documento Risultati di mercato delle industrie in rete che forniscono servizi d'interesse generale: una prima valutazione orizzontale, SEC (2001) 1998, allegato alla Relazione sul funzionamento dei mercati comunitari dei prodotti e dei capitali, COM (2001) 736 def.; la Comunicazione sulla Metodologia per la valutazione orizzontale dei servizi d'interesse economico generale, COM (2002) 331 def.; la Relazione sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato legati ai servizi d'interesse economico generale, allegata alle conclusioni del Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002, doc. 9787/02, nonché la Relazione sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato per i servizi d'interesse economico generale, COM (2002) 636 def..
- <sup>45</sup> V., ad es., la Relazione al Consiglio europeo di Laeken cit., 18: "(l)a legislazione comunitaria sulla liberalizzazione non si è ... mai limitata alla semplice introduzione della concorrenza. Le misure comunitarie hanno sempre previsto garanzie, per assicurare che i servizi continuassero a soddisfare determinati standard qualitativi ... L'esperienza ha dimostrato che tali garanzie consentono alle autorità di assicurare il conseguimento dei pertinenti obiettivi di servizio pubblico e dei traguardi di qualità da parte dei fornitori di servizi conformemente ai principi di cui all'art. 16 del trattato CE."

- <sup>46</sup> V. l'analisi di F. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic ?*, Oxford UP, 1999, 167: "with the completion of the Internal Market programme and its extension into core areas of existing (and highly diverse) *service public* solutions of nation states, political sensitivity to the risks associated with the single-minded maximization of free market competition has increased, not only among member governments but also in the Commission. At the same time, the European Court of Justice has also begun to develop conceptual instruments that allow it to consider the relative weight that should be accorded, in light of the specific circumstances of the individual case, to the competing concerns of undistorted competition on the one hand, and the distributional, cultural, or political goals allegedly served by, say, postal monopolies, subsidized theatres, or public television on the other hand." Sulla capacità della Corte di giustizia di risolvere la tensione fra regolazione del mercato e politiche redistributive v. anche M. EVERSON, *Adjudicating the Market*, 8(1) *Eur. L. J.* 152 (2002).
- <sup>47</sup> V. Seventh Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, COM (2001) 706, 4s.: "(t)he current framework is not yet applied fully in all Member States, nor is it applied consistently across the Community. Further, certain of the implementing measures adopted at national level are not necessarily coherent with one another. The framework itself also leaves a margin of manoeuvre to the implementing authorities in certain areas, which has led to regulatory divergences in the Member States." Gli effetti negativi della frammentazione sono sottolineati, fra gli altri, da L. J. SPIWAK, *eEurope Means Nothing Without Entry: Regulatory Harmonisation, Subsidiarity and the Realisation of the Information Society*, Phoenix Center for Advanced Legal & Economic Public Policy Studies, Policy Paper n. 8, October 2000 ([www.phoenix-center.org](http://www.phoenix-center.org)), 4 ("as a firm seeks to expand across Europe and maximise its economies of scale and scope, the lack of regulatory harmonisation raises exponentially a new firm's entry costs every time it must jump through each additional Member State's National Regulatory Authority's ... regulatory hurdles"); KIESSLING e BLONDEEL, *The Eu Regulatory Framework in Telecommunications* cit., 591 ["(t)he lack of effective EU level policy directives in the identified areas and the poor implementation record of Member States raises the risk that the development of a competitive market will be impeded and the historical fragmentation of EU cross-border telecommunications markets will remain and in some cases ever increase"].
- <sup>48</sup> V., in questo senso, V. MAYER-SCHONBERGER e M. STRASSER, *A Closer Look at Telecom Deregulation: The European Advantage*, 12 *Harv. J. L. & Tech.* 561 (1999); C. SCOTT, *Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors*, 6(4) *Eur. L. J.* 310 (2000).
- <sup>49</sup> Seventh Report cit., 12: "(i)t is estimated that on average incumbent operators have lost approximately 10% of local calls markets (all local calls) and around 20% of the long distance and 30% of the international calls markets since liberalisation." Per quanto riguarda la telefonia mobile, "(t)he average market share of leading mobile operators has decreased since 2000 and is now below 50% in two thirds of Member States" (Seventh Report cit., 10). Dati più aggiornati sono riportati nell'Eight Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, COM (2002) 695 fin. del 3 dicembre 2002. Ovviamente, le quote di mercato non sono l'unico criterio per misurare il successo dell'azione comunitaria: occorre, infatti, chiedersi quanta concorrenza sia possibile (e auspicabile) in mercati caratterizzati da elevati costi fissi.
- <sup>50</sup> Secondo le statistiche del segretariato generale della Commissione, negli ultimi quattro anni la percentuale di casi esaminati nel settore delle telecomunicazioni è rimasta costante: alla fine del 1998 i casi pendenti erano 68 (2,28% del totale dei casi esaminati), alla fine del 2001 69 (2,05% del totale). Queste statistiche possono essere utilizzate solo come indicatore relativo del livello di attuazione della normativa comunitaria. L'impossibilità di un monitoraggio sistematico da parte della Commissione, unita alla prassi di non rendere pubblici tutti i casi di violazione del diritto comunitario, inducono ad una certa cautela sulla rappresentatività dei casi documentati: v. T. BÖRZEL, *Non-Compliance in the European Union: Pathology or Statistical Artefact ?*, 8(5) *J. Eur. Pub. Pol.* 803 (2001). Nel periodo 1995-2002, le sentenze di condanna per mancata o inadeguata trasposizione di direttive sono state 16. I paesi con il maggior numero di condanne sono Lussemburgo (4), Francia e Grecia (3). L'Italia ha subito di recente due condanne: Corte di giust. 30 novembre 2000, causa C-422/99, *Racc.*, I-10651 (mancata attuazione della dir. 97/51), e 7 dicembre 2000, causa C-423/99, *Racc.*, I-11167 (mancata attuazione della dir. 98/10).
- <sup>51</sup> V. P.H. LONGSTAFF, *New Ways to Think About the Visions Called "Convergence": A Guide for Business and Public Policy*, Harvard University, Center for Information Policy Research, April 2001 ([www.harvard.pirp.edu](http://www.harvard.pirp.edu)), per la descrizione dei tre scenari. V. anche K.W. GREWLICH,



- "Cyberspace": *Sector-Specific Regulation and Competition Rules in European Telecommunications*, 36 *Comm. Market L. Rev.* 937 (1999).
- <sup>52</sup> Libro verde sulla convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative. Verso un approccio alla società dell'informazione, COM (97) 623 def. del 3 dicembre 1997. La preparazione di questo documento e il dibattito successivo sono ricostruiti da J. HILLS e M. MICHALIS, *Restructuring Regulation: Technological Convergence and European Telecommunications and Broadcasting Markets*, 7(3) *Rev. Int. Pol. Econ.* 434 (2000).
- <sup>53</sup> V. La convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative – Risultati della consultazione pubblica sul libro verde, COM (99) 108 def. del 10 marzo 1999. La medesima posizione è ripresa in Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni, COM (99) 539 def. del 9 novembre 1999.
- <sup>54</sup> V. G. MAJONE, *The European Commission: The Limits of Centralization and the Perils of Parliamentarization*, 15(3) *Governance* 375 (2002).
- <sup>55</sup> V. G. TSEBELIS e G. GARRETT, *Legislative Politics in the European Union*, 1(1) *Eur. Un. Pol.* 1, 15 (2000): "the reforms made to codecision at Amsterdam finally made the Parliament a co-equal legislator with the Council... Council and Parliament must bargain on equal footing over the final legislative outcome, with no a priori bargaining advantage inhering to either institution."
- <sup>56</sup> V., in questo senso, LAROCHE, *Competition and Regulation* cit., 91ss.
- <sup>57</sup> Direttiva 1999/64/CE della Commissione del 23 giugno 1999 che modifica la direttiva 90/388/CE al fine di garantire che le reti di telecomunicazioni e le reti televisive via cavo appartenenti ad un unico proprietario siano gestite da persone giuridiche distinte, in *GUCE* L 175/39 del 10 luglio 1999. V., in proposito, C. HUMPE, *Convergence in the European Communications Sector – An Analysis*, 1 *J. Network Ind.* 185 (2000).
- <sup>58</sup> V. *supra*, par. 2.2.
- <sup>59</sup> Direttiva 2002/77/CE della Commissione del 16 settembre 2002 relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, in *GUCE* L 249/21 del 17 settembre 2002.
- <sup>60</sup> Un esempio in tal senso è l'approvazione del Regolamento CE n. 2887/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2000 relativo all'accesso disaggregato alla rete locale, in *GUCE* L 336/4 del 30 dicembre 2000. Sulla scia delle conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000, specificamente dedicato allo sviluppo di Internet e delle tecnologie dell'informazione, la Commissione presenta la Raccomandazione 2000/417/CE del 25 maggio 2000 su Unbundled access to the local loop: enabling the competitive provision of a full range of electronic communications services includine broadband multimedia and hig-speed Internet, *GUCE* L156/44 del 26 giugno 2000. Il testo della raccomandazione ricalca il formato abituale delle direttive e indica che la Commissione è pronta a trasformarlo in una direttiva ex art. 86(3). Per evitare questa soluzione, che avrebbe nuovamente legittimato il potere normativo della Commissione, Consiglio e Parlamento accettano la proposta di emanare un regolamento, immediatamente applicabile negli Stati membri, che impone agli operatori di notificare entro un termine brevissimo (31 dicembre 2000) le modalità di accesso alla propria rete locale. Per una discussione della raccomandazione e degli altri documenti che hanno preparato l'emanazione del regolamento v. NAFTEL e SPIWAK, *The Telecoms Trade Wars*, cit., 306ss..
- <sup>61</sup> Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), in *GUCE* L 108/33 del 24 aprile 2002. La direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), *GUCE* L 108/51 del 24 aprile 2002 è esaminata *infra*, par. 3. Per l'attuazione italiana v. la delega conferita al governo dall'art. 41 l. 1° agosto 2002, n. 166, *G.U.* n. 181 del 3 agosto 2002, Supp. ord.. Nel novembre 2002 il Ministero delle comunicazioni ha avviato una consultazione pubblica concernente il riassetto in materia di comunicazioni (*G.U.* n. 277 del 26 novembre 2002). Una sintesi delle risposte è disponibile sul sito del Ministero. Lo schema di decreto legislativo di attuazione, ribattezzato codice delle comunicazioni, è stato esaminato dal Consiglio dei ministri nel maggio 2003 e, nel momento in cui scriviamo (giugno 2003), è all'esame delle commissioni parlamentari per il prescritto parere. V. l'audizione del ministro delle comunicazioni dinanzi alla IX Commissione della Camera dei deputati nella seduta del 18



giugno 2003, nonché A. FONTANAROSA, *Telefoni, la seconda rivoluzione*, *la Repubblica* del 23 maggio 2003, p. 35; F. RENDINA, *Tlc, in arrivo regole più snelle*, *il Sole 24Ore* del 24 maggio 2003, p. 16.

- <sup>62</sup> Proposta della Commissione per una Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, COM (2000) 393 def. del 12 luglio 2000, in *GUCE* C 365 E del 19 dicembre 2000, p. 198.
- <sup>63</sup> Parere del Parlamento europeo del 1° marzo 2001, in *GUCE* C 277/91 del 1° ottobre 2001. Gli emendamenti ufficiali proposti in prima lettura sono 77, due dei quali (il 12 e il 14) ritirati prima del voto dell'assemblea plenaria. Ciascun emendamento contiene una o più modifiche ai preamboli o agli articoli della proposta, sicché il numero effettivo di innovazioni è superiore al numero degli emendamenti ufficiali. Per quanto riguarda il contenuto delle modifiche, 27 mirano semplicemente a rendere più chiaro il testo ed altri 82 riguardano gli aspetti politicamente più sensibili.
- <sup>64</sup> V. la proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, COM (2001) 380 def. del 4 luglio 2001, *GUCE* C 270 E del 25 settembre 2001, p. 199.
- <sup>65</sup> V. l'art. 14 della proposta di direttiva quadro, nonché gli emendamenti 57-62 del Parlamento europeo, parzialmente incorporati nella proposta modificata di direttiva quadro.
- <sup>66</sup> Posizione comune del Consiglio del 17 settembre 2001, *GUCE* C 337/34 del 30 novembre 2001. E' il caso di ricordare che anche le autorità nazionali, attraverso l'International Regulatory Group, avevano espresso parere contrario alla proposta di introdurre un potere di veto, sostenendo che la Commissione non avrebbe una conoscenza adeguata e tempestiva delle condizioni dei mercati locali (v. N. T. NIKOLINAKOS, *The New European Regulatory Regime for Electronic Communications Networks and Associated Services: The Proposed Framework and Access/Interconnection Directives*, *Eur. Comp. L. Rev.*, 2001, 93, 98s.). Per la reazione negativa della Commissione alla posizione comune v. la Comunicazione al Parlamento europeo SEC (2001) 1365 def. del 18 settembre 2001.
- <sup>67</sup> Decisione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2001 e parere della Commissione COM (2002) 78 def. del 7 febbraio 2002. Secondo quanto riportato da E. BRIVIO, *Tlc, arrivano le regole di Bruxelles*, *il Sole 24 ore* del 13 dicembre 2001, nel Consiglio i ministri dell'Italia e dei paesi scandinavi si pronunciarono a favore dell'approvazione degli emendamenti proposti dal Parlamento, impedendo il voto unanime che sarebbe stato necessario per respingerli.
- <sup>68</sup> V., in proposito, il preambolo 36 della direttiva quadro e la decisione della Commissione 2002/627 del 29 luglio 2002, *GUCE* L 200/38 del 30 luglio 2002.
- <sup>69</sup> Rimane, peraltro, aperta la discussione sul coordinamento fra competenze comunitarie in materia di reti e competenze nazionali in materia di contenuti. V., in proposito, F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2002, 285ss..
- <sup>70</sup> Come rilevano M. SIRAGUSA e S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, *Mercato concorrenza regole*, 2002, 511, 537, "l'identificazione di un'impresa come dominante rischia di essere sufficiente per l'imposizione degli obblighi *ex ante*, perché la Direttiva Quadro non consente di rinvenire alcun ulteriore presupposto per tale imposizione." Questa interpretazione è avallata dal par. 114 delle Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, *GUCE* C 165/6 dell'11 luglio 2002: "(l)a sola individuazione di un'impresa quale avente significativo potere di mercato, non accompagnata da obblighi regolamentari, non è coerente con il disposto del nuovo quadro normativo e in particolare dell'art. 16, paragrafo 4, della direttiva quadro. In altre parole, le ANR devono imporre almeno un obbligo di regolamentazione alle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato." Di diverso avviso L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, *Mercato concorrenza regole*, 2002, 561, 570, a parere del quale "l'analisi non può soffermarsi alla constatazione della presenza sul mercato di imprese dominanti, dovendosi poi procedere in ogni caso a valutare se la dominanza possa essere in qualche modo contrastata, o tenuta a bada, mediante le regole di concorrenza ...". V. anche C. HOCEPIED, *The New EU Regulatory Framework for Electronic Communications: From Sector Specific Regulation to Competition Law*, IBA/ABA Communications and Competition: Developments at the Crossroad, 20-21 May, Washington, DC (disponibile sul sito della DG Concorrenza) per il rilievo che "it was the Council's and Parliament's intention that NRAs should have the discretion not to impose obligations on SMP designated

undertakings where that would be appropriate. This interpretation find support in recital 27 of the Framework Directive which envisages ex-ante measures only when competition law remedies are insufficient.”

- <sup>71</sup> V. le considerazioni di P. LAROUCHE, *A Closer Look at Some Assumptions Underlying EC Regulation of Electronic Communications*, 3 *J. Network Ind.* 129 (2002) e di BASSAN, *Concorrenza e regolazione* cit., 102. Critiche di analogo tenore erano già state formulate nei confronti della politica antitrust della Commissione nei settori delle tecnologie avanzate: v. C. VELJANOVSKI, *E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission's View of the Network Economy Right ?*, *Eur. Comp. L. Rev.*, 2001, 115. Per un'introduzione sulle caratteristiche della concorrenza nelle industrie a rete v. R. PARDOLESI e A. RENDA, *Appunti di un viaggio nel capitalismo digitale: reti e retaggi culturali nel diritto antitrust*, in N. LIPARI e I. MUSU (a cura di), *La concorrenza fra economia e diritto*, Laterza, 2000, 147, nonché, degli stessi autori, *How Safe is the King's Trone ? Network Externalities on Trial*, in A. CUCINOTTA e al., (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Elgar, 2002, 213.
- <sup>72</sup> Sulle condizioni necessarie per assicurare il successo di una rete transnazionale di autorità indipendenti v. A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, il Mulino, 2000, 263ss..
- <sup>73</sup> Può essere considerato un difetto di coordinamento, dovuto alla più ampia formulazione della proposta originaria, il riferimento, nell'art. 7(4), lett. b), ai par. 3, 4 o 5 dell'art. 16 dir. quadro, relativi all'imposizione di obblighi, invece che al par. 2 dell'art. 16, relativo alla designazione di un'impresa come detentrica di un significativo potere di mercato. In questo senso v. M. FILIPPONI e F. LIBERATORE, *Il nuovo quadro normativo europeo per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, Contratto e impresa/Europa*, 2002, 563, 578. Un'interpretazione alternativa è prospettata da SIRAGUSA e CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio* cit., 521 in nota.
- <sup>74</sup> V. HOCEPIED, *The New EU Regulatory Framework* cit., per l'osservazione che “(t)he current tools do not appear to give the Commission the means for a confrontational approach against a majority of NRAs.”
- <sup>75</sup> E' il caso di sottolineare, peraltro, i possibili effetti del potere di revocare o modificare gli obblighi imposti alle imprese qualora si accerti la presenza di una concorrenza effettiva, come pure di scegliere gli obblighi ritenuti più appropriati in assenza di concorrenza (art. 16(3) e (4) della direttiva quadro). La discrezionalità concessa ai regolatori in quest'ambito potrebbe permettere di realizzare forme di regolazione negoziata, un'innovazione tutt'altro che secondaria per i paesi abituati ai modelli gerarchici di azione amministrativa. V., in proposito, le osservazioni di HOCEPIED, *The New EU Regulatory Framework* cit.: “the flexibility of the new framework will facilitate negotiated compromise solutions between NRAs and operators to end disputes rapidly, given the possible threat to impose more stringent ex-ante regulation.” Alcuni segnali di un cambiamento in questa direzione sono già visibili: v. S. CASSESE, *La crisi dello stato*, Laterza, 2002, 132s., per l'osservazione che il passaggio dal procedimento allo scambio rappresenta uno dei nuovi paradigmi dello Stato [“(n)on è il procedimento che modula il negoziato, ma il negoziato che plasma il procedimento. La serie o sequenza si adatta alla necessità dell'accordo”].
- <sup>76</sup> V., per un'ampia discussione della letteratura politologica sui meccanismi di governo europei, B. KOHLER-KOCH *The evolution and Transformation of European Governance*, in B. KOHLER-KOCH e R. EISING (a cura di), *The Transformation of Governance in the European Union*, Routledge, 1999, 14; L. HOOGHE e G. MARKS, *Multi-Level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Pub., 2001.
- <sup>77</sup> V. gli studi raccolti in A. HÉRITIER e al. (a cura di), *Differential Europe*, Rowman & Littlefield Pub., 2001, nonché C. KNILL e D. LEHMKUHL, *The National Impact of European Union Regulatory Policy: Three Europeanization Mechanisms*, 41 *Eur. J. Pol. Res.* 255 (2002); T. BÖRZEL, *Pace-Setting, Foot-Dragging, and Fence-Sitting: Member States Responses to Europeanization*, 40 (2) *J. Comm. Mark. Stud.* 193 (2002); J.P. OLSEN, *The Many Faces of Europeanization*, 40 (5) *J. Comm. Mark. Stud.* 921 (2002).
- <sup>78</sup> Una parte dei contenuti di questa direttiva era stata già anticipata dalla direttiva 98/10, attuata in Italia dal d.p.r. 11 gennaio 2001, n. 77.
- <sup>79</sup> La direttiva usa il termine consumatori nei casi in cui stabilisce regole specificamente destinate all'utenza residenziale, lasciando agli Stati membri la possibilità di estenderle ad altri utenti finali (ad es. art. 20, par. 2 e 3 sulle informazioni contrattuali e art. 34 sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie). Altri articoli fanno riferimento agli utenti finali senza ulteriori distinzioni (ad es. art. 1

su scopo e campo di applicazione della direttiva) oppure menzionano separatamente le due categorie (ad es. art. 21 su trasparenza e pubblicazione delle informazioni e art. 33 sulla consultazione dei soggetti interessati). Inoltre, le disposizioni relative alle linee affittate (art. 16 e 18) riguardano l'utenza d'affari e non i consumatori. Non mancano, infine, riferimenti generici agli abbonati (ad es. art. 19 su selezione e preselezione del vettore e art. 30 sulla portabilità del numero). La definizione delle tre figure si trova nell'art. 2 della direttiva quadro. In questo paragrafo si prenderà in considerazione solo l'utenza residenziale, ma è evidente che la direttiva servizio universale riguarda anche l'utenza d'affari.

- <sup>80</sup> Secondo il considerando n. 10 della direttiva servizio universale, “(p)er prezzo abbordabile si intende un prezzo definito a livello nazionale dagli Stati membri in base alle specifiche circostanze nazionali, che può comprendere la definizione di una tariffa comune indipendente dall'ubicazione geografica o formule tariffarie speciali destinate a rispondere alle esigenze degli utenti a basso reddito...”.
- <sup>81</sup> E, secondo qualcuno, la descrizione più accurata del sistema di regolazione attualmente vigente: v. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, 2001, 514, che parla “di un vero e proprio sistema integrato di tutela degli utenti, affidato, da un lato, alla regolazione pubblica e, dall'altro, ... al controllo sociale diffuso” garantito dai rimedi privatistici.
- <sup>82</sup> V., in proposito, W. SAUTER, *Universal Service Obligations and the Emergence of Citizens' Rights in European Telecommunications Liberalization*, in FREEDLAND e SCIARRA, *Public Services and Citizenship* cit., 117ss..
- <sup>83</sup> La pubblicazione di informazioni è obbligatoria per le imprese titolari di obblighi di servizio universale (art. 11, par. 1) e può essere imposta alle altre (art. 22, par. 1). Il potere di fissare obiettivi qualitativi deve essere previsto almeno per la fornitura dell'accesso da postazione fissa (art. 11, par. 2). Autorità e imprese possono (devono nel caso del servizio universale) fare riferimento ai parametri ETSI, elencati nell'Allegato III della direttiva, per la misurazione dei tempi di fornitura e della qualità del servizio.
- <sup>84</sup> V. già gli art. 2, comma 12, lett. h) e comma 37 della l. 11 novembre 1995, n. 481 (fissazione di livelli generali e specifici di qualità, da incorporare nel regolamento di servizio dell'esercente). La l. 30 luglio 1998, n. 281, stabilisce il diritto fondamentale degli utenti all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza [art. 1, comma 2, lett. g)]. Nel settore delle comunicazioni v. l'art. 1, comma 6, lett. b), n. 2, della l. 31 luglio 1997, n. 249 (direttive sui livelli generali di qualità e Carte dei servizi contenenti standard minimi), l'art. 10 del d.p.r. 19 settembre 1997, n. 318 (obbligo degli operatori di specificare e rendere pubblici gli standard di qualità), nonché l'art. 26 del d.p.r. 77/01 (parametri di qualità per gli organismi che forniscono reti telefoniche pubbliche fisse e servizi telefonici pubblici fissi).
- <sup>85</sup> La prima delibera sul *price cap* è la n. 171/99/CONS del 28 luglio 1999. Per una valutazione degli effetti sui costi di Telecom Italia v. C. CAMBINI, *Regole e incentivi nelle telecomunicazioni: il meccanismo di controllo tariffario e il suo impatto sul mercato*, in C. CAMBINI e T. VALLETTI (a cura di), *I mercati della comunicazione nell'era digitale*, il Mulino, 2002, 135ss.
- <sup>86</sup> Per una descrizione dettagliata delle modalità di funzionamento del *price cap* v. R. BALDWIN e M. CAVE, *Understanding Regulation*, Oxford UP, 1999, 224ss.; C. CAMBINI e al., *Regolamentazione e mercato nelle telecomunicazioni*, Carocci, 2000, 129ss.; G. MARZI e al., *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, il Mulino, 2001, 124s., 221ss..
- <sup>87</sup> L'impresa sottoposta al vincolo del *price cap* preferisce una riduzione della qualità perché, non potendo aumentare i prezzi, non riesce a catturare i benefici che deriverebbero dalla possibilità di soddisfare i consumatori (inframarginali) disposti a pagare di più: v. L. ROVIZZI e D. THOMPSON, *The Regulation of Product Quality in the Public Utilities*, in M. BISHOP e al. (a cura di), *The Regulatory Challenge*, Oxford UP, 336; BALDWIN e CAVE, *Understanding Regulation*, cit., 248. Più cauto il giudizio di D.E.M. SAPPINGTON, *Price Regulation*, in M. CAVE e al. (a cura di), *Handbook of Telecommunications Economics*, I, Elsevier, 2002, 266, il quale ritiene che, opportunamente strutturato, il meccanismo del *price cap* non provoca necessariamente la riduzione della qualità del servizio (“by enabling regulated suppliers to retain more of the revenue that they generate in the market place, price cap regulation may render increases in certain dimensions of service quality particularly profitable. Thus, it is not clear *a priori* whether price cap regulation provides enhanced or diminished incentives for service quality ...”).
- <sup>88</sup> V. la delibera 870/00/CONS del 19 dicembre 2000, *G.U.* del 23 gennaio 2001, n. 18. Una sintesi delle risposte è stata pubblicata sul sito dell'AGCOM il 4 ottobre 2002. Una comunicazione del 6 agosto

- 2002, pubblicata nel *Boll. AGCOM* n. 4 del 2002, informa dell'avvio del procedimento per la stesura di una direttiva generale sulla qualità e sulle carte dei servizi di telecomunicazioni. Il procedimento avrebbe dovuto concludersi il 31 dicembre 2002.
- <sup>89</sup> La possibilità di inserire nelle licenze parametri qualitativi individuati dall'Autorità è prevista dall'Allegato F del d.p.r. n. 318/97. I poteri sanzionatori sono individuati dall'art. 6, comma 18 del d.p.r. 318/97, nonché dall'art. 26, comma 4 del d.p.r. 77/01. Si tenga presente che il potere di rilascio, modifica, revoca e annullamento delle licenze è stato trasferito al Ministero delle comunicazioni dalla l. 20 marzo 2001, n. 66, art. 2bis, comma 10. V. il commento di M. LIBERTINI, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, *Gior. dir. amm.*, 2001, 1287. Sulle conseguenze del passaggio al nuovo sistema di autorizzazioni generali, previsto dalla direttiva 20/2002/CE del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, *GUCE* L108/21 del 24 aprile 2002, v. A. BOSO CARETTA e M. CLARICH, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, *Dir. inf.*, 2002, 685.
- <sup>90</sup> V. le osservazioni di S. CADEDDU, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 679, 722ss..
- <sup>91</sup> V. l'art. 1, comma 11 della l. 249/97, l'art. 18 del d.p.r. 318/97 e l'art. 38 del d.p.r. 77/01. Con delibera 182/02/CONS (G.U. del 18 luglio 2002, n. 167) l'AGCOM ha emanato il regolamento relativo alla risoluzione delle controversie fra organismi di telecomunicazioni ed utenti.
- <sup>92</sup> V. CADEDDU, *Strumenti alternativi cit.*, 725ss., che nel caso della procedura di conciliazione dell'ex monopolista Telecom avanza il sospetto di un conflitto di interessi fra utenti e associazioni dei consumatori. Oltre ad essere rappresentanti necessarie degli utenti, le associazioni svolgono corsi di formazione per arbitri e mediatori finanziati da Telecom. Sembra, inoltre, che quest'ultima sostenga anche i costi della procedura gratuita di conciliazione. Considerazioni critiche sull'indipendenza dei soggetti titolari della procedura e sulla sua trasparenza sono formulate anche da W. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, in A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, il Mulino, 2003, 233ss..
- <sup>93</sup> I tentativi obbligatori di conciliazione sono generalmente introdotti con l'obiettivo di ridurre il numero delle controversie che sfociano in un giudizio. E' noto, però, che i consumatori sono generalmente poco disponibili ad affrontare i costi dell'azione giudiziaria per controversie di modico valore. Pertanto, l'obbligo di passare per il tentativo di conciliazione potrebbe trasformarsi in un ostacolo ulteriore per gli utenti e scoraggiare in misura eccessiva il ricorso al giudice. In termini più generali, i giudici critici sull'esperienza dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie sono largamente dominanti nella letteratura italiana: v. ancora GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti cit.*
- <sup>94</sup> In questo senso v. M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semi-contenziose*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, il Mulino, 1996, 153ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, 2002, 346ss..
- <sup>95</sup> V. le considerazioni di M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, *Dir. amm.*, 2000, 383, 422: "l'attribuzione ad un soggetto di governo in senso lato di un settore anche di una funzione arbitrale tra gestori e fruitori del servizio offerto rischierebbe di far attrarre tale funzione nell'orbita pubblicistica volta alla tutela del settore in sé e per sé considerato, comparando e ponderando tutti gli interessi, pubblici e privati, che possano essere coinvolti, con uno stemperamento dei caratteri privatistici della singola controversia."
- <sup>96</sup> Art. 33, comma 2, lett. e) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.
- <sup>97</sup> Cons. Stato, ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, *Foro it.*, 2000, III, 365, con nota di F. FRACCHIA; Cass, sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, *Foro it.*, 2000, I, 2211, con nota di F. DALFINO.
- <sup>98</sup> V. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa cit.*, 363s.. A favore della giurisdizione ordinaria si pronuncia, invece, L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli, 1999, 43, 74 [(1) la giurisdizione ordinaria si giustifica perché si discute di posizioni strettamente individuali e privatistiche"].
- <sup>99</sup> In questo senso v. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti cit.*, 444s.. Secondo DE LUCIA, *La regolazione amministrativa cit.*, la giurisdizione amministrativa sarebbe esclusa qualora gli atti di autonomia dell'operatore non rappresentino l'attuazione o la specificazione di obblighi di servizio pubblico. E' il caso di ricordare che la giurisdizione del giudice amministrativo potrebbe essere affermata anche per le azioni promosse dalle associazioni dei consumatori nei confronti di gestori di servizi pubblici in

base all'art. 3, comma 1 della l. 281/98, quindi in controversie che possono riguardare la qualità del servizio: v. le considerazioni di G. TULUMELLO, *Clausole abusive e servizi pubblici, Danno e resp.*, 2000, 577 e di L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica, Dir. amm.*, 2002, 113. A favore della giurisdizione ordinaria si pronuncia la giurisprudenza palermitana nel caso dell'inibitoria collettiva prevista dall'art. 1469sexies c.c.: v. Trib. Palermo 18 settembre 2000 e Trib. Palermo, sez. dist. Monreale, 4 luglio 2000, entrambe in *Danno e resp.*, 2001, 177, con nota di A. PALMIERI; Trib. Palermo 10 gennaio 2000, *Foro it.*, 2000, I, 2052, con nota di A. PALMIERI e P. LAGHEZZA.

<sup>100</sup> V., con riferimento alle procedure extragiudiziali, CAEDDU, *Strumenti alternativi* cit., 733: "la maggior familiarità dei procedimenti 'amministrativi', i vantaggi che un soggetto pubblico ha quando agisce come autorità (e non *uti privatus*), il prestigio pubblico conseguente all'esercizio di scelte (rispetto al favorire accordi tra soggetti) sembrano far propendere le autorità di regolazione verso il sistema tradizionale di tutela amministrativa, mentre una definizione di effettivi strumenti di ADR non appare perseguita con convinzione."

<sup>101</sup> V. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti* cit., 445: "si registra una pubblicizzazione della materia, attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo quest'ultimo propenso a leggere in chiave pubblicistica i rapporti sostanziali ... non si può parlare di completa neutralità del processo rispetto al diritto sostanziale: la conformazione del processo finisce per condizionare i caratteri del diritto sostanziale."

<sup>102</sup> La giurisprudenza di merito si dimostra di solito molto generosa nel concedere risarcimenti agli utenti di telecomunicazioni e di servizi pubblici in genere (v., per riferimenti, M. MONTINI, *Mezzi e forme di tutela giurisdizionale degli utenti dei servizi economici*, in CORPACI, *La tutela degli utenti* cit., 111ss.), ma sarebbe illusorio ritenere che la tutela per equivalente sia da sola in grado di garantire livelli ottimali di qualità.

<sup>103</sup> In questa direzione sembra muoversi il legislatore comunitario allorché stabilisce che "le parti interessate possono mettere a punto, sotto la direzione delle autorità nazionali di regolamentazione, meccanismi che associno consumatori, gruppi di utenti e fornitori di servizi per migliorare la qualità generale delle prestazioni, fra l'altro elaborando codici di condotta, nonché norme di funzionamento e controllandone l'applicazione" (art. 33, par. 2, della direttiva servizio universale). Si può dubitare, comunque, che questo sintetico riferimento sia sufficiente ad innescare trasformazioni significative delle tradizioni amministrative nazionali.

<sup>104</sup> V., comunque, le considerazioni proposte *infra*, par. 4.

<sup>105</sup> V. G. ALPA, *I contratti di utenza pubblica*, *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 107.

<sup>106</sup> V. H. COLLINS, *Justifying European Employment Law*, in S. GRUNDMANN e al. (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, de Gruyter, 2001, 205, 210: "(t)he European Community has avoided distributive regulation in relation to consumer contracts, though some of these measures no doubt garnered support because they coincided with the distributive objectives of some groups, such as consumer groups. For the purpose of building an integrated and competitive market, what was required was the reduction of legal risk by means of measures designed to establish minimum standards and to promote transparency in transaction. It was unnecessary to embark on a programme of enacting consumer rights for distributive purposes."

<sup>107</sup> V. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: I contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, 2° ed., III, Cedam, 2003, 3; S. WEATHERILL, *Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market – EC Legislation in the Field of Consumer Protection*, in GRUNDMANN e al. (a cura di), *Party Autonomy* cit., 173. In una prospettiva dichiaratamente ordoliberal v. S. GRUNDMANN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, 39 *Common Market L. Rev.* 269 (2002). Sulla connessione fra disciplina dell'autonomia privata e disciplina della concorrenza v. P. BARCELLONA, *Il contratto e l'economia globale*, in *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, 2000, 33; C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, *Europa e dir. priv.*, 2001, 703.

<sup>108</sup> Libro verde cit., 3: "(p)erché possano trarre vantaggio dal mercato interno, i consumatori devono essere in grado di accedere facilmente ai beni e ai servizi promossi, offerti e venduti al di là delle frontiere ... Questa domanda transfrontaliera aumenta la pressione della concorrenza nel mercato interno e permette un'offerta di beni e di servizi più efficiente e a prezzi competitivi. Questo circolo virtuoso può essere ottenuto solo se il quadro regolamentare esistente incoraggia i consumatori e le

imprese a praticare scambi transfrontalieri.” Argomentazioni di analogo tenore sono proposte nella comunicazione sul diritto contrattuale europeo: v. D. STAUDENMAYER, *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law ?*, *Eur. Rev. Priv. L.*, 2002, 249 (l'autore ha presieduto il gruppo di lavoro della Commissione che ha predisposto il testo delle due comunicazioni sul diritto contrattuale europeo).

<sup>109</sup> V., con riferimento all'approccio proposto dal Libro verde, i commenti di H. COLLINS, *Introduction to the Themes of the Conference on EC Law of Fair Trading and Marketing Contracts*, Society of European Contract Law, London, 16-17 maggio 2002, 4 ([www.secola.org](http://www.secola.org)): “it becomes clear that the rationale based upon competitiveness is the dominant, and perhaps ultimately the only, justification proposed for EC regulation. The benefits to consumers are described as having access to greater choice and better prices. There is no mention of improving consumer protection beyond the dictates of improving competitiveness.” Nello stesso senso v. G. HOWELLS, *European Consumer Law – The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence*, in S. GRUNDMANN e J. STUYCK (a cura di), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer, 2002, 73, 75: “EC consumer law has no settled philosophy, for whilst some measures clearly start with strong consumer protection aspirations these are often diluted by the need to justify their scope in terms of the Internal Market, and other measures place Internal Market concerns to the fore and seem to pay little attention to the needs of consumers... (t)hus it is impossible to say what the deeper values of EC consumer policy are, how strong they are and whether they can be viewed as independent of Internal Market policy.” Analoghe considerazioni sono proposte da H.-W. MICKLITZ, *An Expanded and Systematized Community Law as Alternative or Complement ?*, *Eur. Bus. L. Rev.*, 2002, 583, e da L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Consumer Protection, Fair Dealing in Marketing Contracts and European Contract Law – A Uniform Law ?*, 2(2) *Global Jurist Frontiers* (2002) ([www.bepress.com/gj/frontiers/](http://www.bepress.com/gj/frontiers/)).

<sup>110</sup> A favore degli interventi basati esclusivamente sugli obblighi di informazione si pronunciano S. GRUNDMANN e W. KERBER, *European System of Contract Laws – A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making*, in GRUNDMANN e STUYCK, *An Academic Green Paper cit.*, 295. Di involuzione liberista del diritto comunitario parla, invece, A. SOMMA, *Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario*, *Riv. critica dir. priv.*, 2002, 263. Come osserva WEATHERILL, *Justifying Limits to Party Autonomy cit.*, 181s., è possibile che la strategia comunitaria sia stata condizionata soprattutto dalla necessità di ottenere un ampio consenso politico e non rappresenti una precisa scelta ideologica.

<sup>111</sup> V. G. ECCHIA e al., *La regolamentazione di mercati con differenziazione verticale mediante standard minimi di qualità*, *Riv. pol. econ.*, 2001, 171; C. SCARPA, *The Theory of Quality Regulation and Self-Regulation: Towards an Application to Financial Markets*, in B. BORTOLOTTI e G. FIORENTINI (a cura di), *Organized Interests and Self-Regulation. An Economic Approach*, Oxford UP, 1999, 236. La ben nota difficoltà di analizzare l'interazione strategica fra le imprese in mercati oligopolistici induce a considerare questi risultati con una certa cautela. In alcuni casi la qualità offerta potrebbe corrispondere al livello socialmente ottimale. Inoltre, come si osserva più avanti nel testo, un intervento del regolatore potrebbe addirittura peggiorare la situazione. Decisamente più consolidata, invece, è l'analisi relativa ai mercati monopolistici: la qualità offerta sarà inferiore al livello socialmente ottimale nel caso, generalmente considerato più plausibile, di minore propensione all'acquisto del consumatore marginale rispetto alla media dei consumatori (v. P.G. GARELLA e L. LAMBERTINI, *Organizzazione industriale: Concorrenza, strategie, regole*, Carocci, 2002, 79ss.).

<sup>112</sup> Anche questo dato deve essere interpretato con una certa cautela: le informazioni disponibili non consentono di valutare con precisione le prestazioni dei vari operatori né di stabilire solide relazioni causali fra livelli di qualità e diversi tipi di regolazione. Per il mercato britannico v. V.S. CHAU, *Squeezing Hard to Improve Quality*, Centre for Competition & Regulation, University of East Anglia, Working Paper 02-03, May 2002, 47: “(u)nlike the performance trends of the electricity and water industries, which have predominantly indicated general improvement over time, the patterns of performances in the telecommunications industry do not indicate this same kind of improvement. However, the performance data do show some stability in the patterns of the trends, and this may be more favoured by customers who value the quality of the services they receive.” Per il mercato americano T.R. ROYCROFT e M. GARCIA-MURILLO, *Trouble Reports as an Indicator of Service Quality: The Influence of Competition, Technology, and Regulation*, 24 *Tel. Pol.* 947 (2000) rilevano che l'apertura della telefonia locale alla concorrenza potrebbe aver indotto gli operatori ad incrementare la qualità per l'utenza d'affari, fonte di maggiori guadagni e più facilmente raggiungibile

dai concorrenti, e a ridurla per l'utenza residenziale. L'indagine condotta da EUROBAROMETER, *Consumers' Opinions About Services of General Interest*, December 2002 (disponibile sul sito della Commissione europea, DG Consumatori) rileva che il livello complessivo di soddisfazione degli utenti europei (misurato con riferimento a qualità del servizio, assistenza, informazioni ricevute, presenza di clausole vessatorie nei contratti e prezzo) è pari all'84% per la telefonia mobile e al 90% per la telefonia fissa. I dati relativi all'Italia segnalano, però, livelli di soddisfazione inferiori, pari al 62% nella telefonia mobile (terzultima posizione fra gli Stati membri) e al 53% nella telefonia fissa (ultima posizione).

- <sup>113</sup> In generale sugli effetti di rete v. C. SHAPIRO e H. VARIAN, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Bus. School Pr., 1999, cap. 7; European Commission, *Liberalization of Network Industries. Economic Implications and Main Policy Issues*, in *European Economy*, Reports and Studies, n. 4, 1999, 81ss.; W.H. PAGE e J.E. LOPATKA, *Network Externalities*, in B. BOUCKAERT e G. DE GEEST (a cura di), *Encyclopedia of Law and Economics*, I, Elgar, 2000, 952; J.H. ROHLFS, *Bandwagon Effects in High-Technology Industries*, MIT Pr., 2001; S.J. LIEBOWITZ e S.E. MARGOLIS, *Network Effects*, in CAVE e al., *Handbook of Telecommunications Economics*, cit., 75; H. VARIAN, *Economics of Information Technology*, July 2001, rev. March 2003 ([www.inforules.com](http://www.inforules.com)); J. FARRELL e P. KLEMPERER, *Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects*, in corso di pubblicazione in M. ARMSTRONG e R. PORTER (a cura di), *Handbook of Industrial Economics*, North-Holland, 2004 (draft December 2001 sul sito [www.paulklempere.org](http://www.paulklempere.org)).
- <sup>114</sup> V. G.A. WOROCH, *Local Network Competition*, in CAVE e al., *Handbook of Telecommunications Economics*, cit., 696: "(i)nterconnection neutralises any first mover advantage an incumbent might possess as a result of its larger customer base, provided that it does not re-create a pecuniary equivalent of network externalities by pricing traffic among its subscribers differently than traffic that travels between networks. In that case, once again a user will prefer the larger network to take advantage of the lower on-network rates." Come rilevano D. BUONCOMPAGNI e C. LEPORELLI, *L'evoluzione delle strategie di prezzo degli operatori telefonici italiani, Consumatori diritti e mercato*, 2000, n. 3, 32, 47s., Tim sfrutta l'esternalità di rete che deriva dal numero elevato dei suoi utenti per praticare prezzi mediamente più alti per le chiamate verso le altre reti mobili o verso la rete fissa.
- <sup>115</sup> V. la discussione proposta da FARRELL e KLEMPERER, *Coordination and Lock-In* cit., par. 3.7.2, e da GARELLA e LAMBERTINI, *Organizzazione industriale* cit., 432ss..
- <sup>116</sup> V., in generale, P. KLEMPERER, *Competition When Consumers Have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade*, 62 *Rev. Econ. Stud.* 515 (1995); FARRELL e KLEMPERER, *Coordination and Lock-In* cit.; SHAPIRO e VARIAN, *Information Rules* cit., cap. 5 e 6.
- <sup>117</sup> V. M. HESS e J.E. RICART, *Managing Customer Switching Costs: A Framework for Competing in the Networked Environment*, IESE Business School, University of Navarra, Research Paper n. 472, October 2002 ([www.iese.edu](http://www.iese.edu)).
- <sup>118</sup> V. FARRELL e KLEMPERER, *Coordination and Lock-In* cit., par. 1.1: "(h)aving some locked-in buyers encourages a firm to set relatively high prices; but a countervailing force is that firms might set low prices to build a locked-in customer base. Thus the overall effects of switching costs in oligopoly are ambiguous; it turns out that (as with network effects) the price effects depend heavily on how consumers form expectations about future prices. But it seems likely that switching costs increase prices, particularly when firms artificially create switching costs to increase their profits." Gli autori sottolineano che le imprese possono trarre vantaggio dalla presenza di costi di spostamento riducendo la qualità invece che aumentando i prezzi (par. 2.2.2).
- <sup>119</sup> V. ora gli art. 19 e 30 della direttiva servizio universale.
- <sup>120</sup> V. le analisi di R. AOKI e J. SMALL, *The Economics of Number Portability: Switching Costs and Two-Parts Tariffs*, University of Auckland, November 1999 (<http://yoda.eco.auckland.ac.nz/~raoki/personal/index.html>) (impatto della portabilità sui costi di produzione); J. GANS e S.P. KING, *Regulating Endogenous Customer Switching Costs*, working paper, September 2000 (<http://papers.ssrn.com>); S. BUEHLER e J. HAUCAP, *Mobile Number Portability*, working paper, March 2003 (la portabilità del numero mobile non consente di riconoscere la rete chiamata attraverso il prefisso e di stabilire il prezzo della chiamata). V. anche D.A. GALBI, *Regulating Prices for Shifting Between Service Providers*, 13 *Inf. Econ. Pol.* 393 (2001) per una



discussione degli effetti prodotti sul benessere dei consumatori e sui profitti delle imprese da una riduzione del costo di spostamento.

- <sup>121</sup> V. D. GABEL, *Why is There So Little Competition in the Provision of Local Telecommunications Services ? An Examination of Alternative Approaches to End-User Access*, 2002 *L. Rev. Mich. St. Univ. – Detroit College of Law* 651. Per analoghe considerazioni, con riferimento al mercato italiano, v. C. LEPORELLI e P. REVERBERI, *Infrastrutture e servizi di telecomunicazione: quali opportunità di sviluppo, oltre la crisi ?*, *Industria*, 2003, 5, 16.
- <sup>122</sup> V. BUONCOMPAGNI e LEPORELLI, *L'evoluzione delle strategie di prezzo* cit., 38ss.. Il confronto fra tariffe è complicato non solo dal tipo di messaggio, ma anche dal numero delle offerte. Secondo uno studio dell'associazione Cittadinanzattiva, i piani tariffari per la telefonia fissa sono almeno 41 (di cui 31 abbonamenti e 10 ricaricabili) e per la telefonia mobile 58 (di cui 32 abbonamenti e 26 ricaricabili): v. *Cittadini e servizi di pubblica utilità. Il Rapporto Pit servizi*, ottobre 2002 ([www.cittadinanzattiva.it](http://www.cittadinanzattiva.it)). Non sorprende, quindi, che uno studio recente sulla pubblicità nel settore della telefonia mobile riscontri una scarsa efficacia del messaggio nell'indurre il passaggio ad un nuovo operatore: v. A. PULLI e al., *I ruoli della pubblicità nella formazione e stabilizzazione delle preferenze di marca. Il caso della telefonia mobile in Italia*, *Micro & Macro Mark.*, 2002, 429.
- <sup>123</sup> Secondo l'*Eighth Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package*, cit., Annex 1, 29s., il numero di abbonati italiani che utilizzano un operatore diverso dall'ex monopolista per le chiamate internazionali e sulla lunga distanza è pari al 50%, mentre per le chiamate locali è pari al 40%. Dato che la media europea è più bassa in entrambi i casi, sembrerebbe che i costi di spostamento siano inferiori in Italia rispetto agli altri Stati membri. Questa osservazione dovrebbe però essere supportata da una verifica più accurata. Uno studio condotto dal regolatore britannico rileva, invece, che solo un utente residenziale su 4 avrebbe deciso di rivolgersi ad un fornitore di servizi di telefonia fissa diverso da British Telecom: OFTEL, *Consumer Switching Behaviour in the Telecoms Market*, 2000 ([www.oftel.gov.uk](http://www.oftel.gov.uk)).
- <sup>124</sup> V., peraltro, le considerazioni di M. WATERSON, *The Role of Consumers in Competition and Competition Policy*, 21 *Int. J. Ind. Org.* 129 (2003) a favore di interventi rivolti a ridurre i costi di ricerca e di spostamento dei consumatori piuttosto che ad aumentare il numero di imprese presenti sul mercato. V., inoltre, F. DENOZZA, *Raising Consumers' Costs as an Antitrust Problem: A Sketch of the Argument From Kodak to Microsoft (the European Proceedings)*, in CUCINOTTA e al., *Post-Chicago Developments* cit., 197, sull'applicazione del diritto antitrust a strategie organizzative delle imprese che aumentano i costi transattivi dei consumatori.
- <sup>125</sup> V. ECCHIA e al., *La regolamentazione di mercati con differenziazione verticale* cit., 199s.. Ovviamente, anche la valutazione degli effetti sulla qualità di classici strumenti privatistici, come le garanzie obbligatorie, può risultare altrettanto problematica: v. l'analisi proposta da H.E. SMITH, *Ambiguous Quality Changes from Taxes and Legal Rules*, 67 *U. Chi. L. Rev.* 647 (2000).
- <sup>126</sup> V. l'analisi di H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford UP, 1999, 287ss..
- <sup>127</sup> V., comunque, le considerazioni di S. WEATHERILL, *The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, content and Constitutionality*, 24 *J. Cons. Pol.* 339 (2001), nonché *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*, *Eur. Bus. L. Rev.*, 2002, 497, sui vincoli introdotti dalla sentenza "Tabacco" (Corte giust. 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Foro it.*, 2000, IV, 505, con nota di P. LAGHEZZA).
- <sup>128</sup> La previsione di D. STAUDENMAYER, *The Commission Action Plan on European Contract Law*, *Eur. Rev. Priv. L.*, 2003, 113, è che il quadro comune non potrà essere completato prima del 2007/2008.
- <sup>129</sup> La formula di maggior successo in Italia è dovuta a N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4° ed., Giuffrè, 1999, ma la stessa idea di decodificazione rischia di alimentare non pochi equivoci sulle reali funzioni dei codici. Di "miti della forma codice" parla A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in *Le fonti del diritto italiano. Le fonti scritte*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, 1, Utet, 1998, 405. Sui modelli di codificazione del secondo dopoguerra v. R. SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, *ibid.*, 441. Il dibattito tedesco sul *sonderprivatrecht* è ricostruito da C. JOERGES, *The Science of Private Law and the Nation State*, in F. SNYDER (a cura di), *The Europeanization of Law*, Hart Pub., 2000, 47. Neanche i paesi di common law si sottraggono alla difficoltà di evitare formule semplificanti nella descrizione dei rapporti fra diritto giurisprudenziale e statute law: v., ad es., le critiche di J. BEATSON, *The Role of Statute in the*



*Development of Common Law Doctrine*, 117 *L. Q. Rev.* 247 (2001) all' "oil and water approach" (common law e statutes sono sfere separate prive di influenze reciproche).

- <sup>130</sup> Sui problemi di monopsonio strutturale (squilibrio dal lato della domanda di lavoro), di monopsonio dinamico (riduzione delle scelte a disposizione del lavoratore legata alle difficoltà di spostamento da un'impresa all'altra) e di asimmetria informativa si sofferma P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Giuffrè, 2000, 12ss.. V., in generale, DE GEEST e al. (a cura di), *Law and Economics and the Labour Market*, Elgar, 1999.
- <sup>131</sup> Le caratteristiche più rilevanti in questo caso sono la rigidità della domanda e la rigidità dell'offerta nel breve periodo: v. le rassegne di W. HIRSCH, *Renting*, in B. BOUCKAERT e G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, cit., IV, 907; R. ARNOTT, *Rent Control*, in *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, McMillan, 1998, 305.
- <sup>132</sup> V., da ultimo, la comunicazione della Commissione, eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti, COM (2002) 263 def. del 28 maggio 2002. Per alcune valutazioni critiche delle politiche comunitarie v. J. SERVAES e F. HEINDERYCKX, *The 'New' ICT Environment in Europe: Closing or Widening the Gaps ?*, 19 *Telematics and Informatics* 91 (2002); R. WERLE, *Internet @ Europe: Overcoming Institutional Fragmentation and Policy Failure*, in J. JORDANA (a cura di), *Governing Telecommunications and the New Information Society in Europe*, Elgar, 2002, 137.
- <sup>133</sup> JANNARELLI, *La disciplina dell'atto cit.*, 119s., rileva che, a differenza della legislazione finalizzata all'attuazione delle politiche del welfare state, la frammentazione prodotta dall'intervento comunitario in materia di consumatori "risulta perfettamente in linea con quelle esigenze di promozione del mercato e di concreta salvaguardia dell'autonomia privata alla base della disciplina dei codici." Nel caso dei servizi di interesse generale, è evidente la commistione di obiettivi legati alla costruzione del mercato e di obiettivi redistributivi: v. l'interpretazione proposta da G. TEUBNER, *Dopo la privatizzazione: il ritorno dei conflitti politici nei private governments*, in *Diritto policontestuale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La Città del Sole, 1999, 166: "è lo stesso processo della privatizzazione che fa svanire la speranza della dottrina legale, in una rinnovata unità del diritto privato, sotto un regime di mercato. La stessa privatizzazione spinge il diritto privato ad un grado sempre più elevato di differenziazione, in cui sempre più diritti privati speciali, incorporano le specifiche razionalità delle differenti sfere di giustizia, il cui carattere non è economico."
- <sup>134</sup> Vale la pena di ricordare che i principi della Commissione Lando sono stati elaborati proprio con questa tecnica, e cioè escludendo qualsiasi riferimento alla legislazione speciale: v. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Prefazione all'edizione italiana, Giuffrè, 2001, xxi: "(i) rapporti tra contraenti di Paesi diversi dell'Unione con maggiore difficoltà possono essere resi funzionali alle prospettive di politica del diritto degli ordinamenti di appartenenza, onde a queste devono essere sottratti ove non li si voglia impedire e anzi favorire." Secondo J. BASEDOW, *Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid*, *Eur. Rev. Priv. L.*, 2001, 35, 36, l'influenza che un futuro codice europeo dei contratti potrebbe esercitare su settori confinanti è non solo scontata, ma anche auspicabile ("(a)fter the adoption of a European law of obligations private law will ... form a hybrid consisting partly of Community law and partly of national law which for reasons of consistency will have to be adjusted to the European core."). Per considerazioni sui rapporti fra codici e legislazione speciale più vicine a quelle proposte nel testo v., invece, M.W. HESSELINK, *The Structure of the New European Private Law*, *Elec. J. Comp. L.*, December 2002 ([www.ejcl.org](http://www.ejcl.org)).
- <sup>135</sup> Anche se il quadro comune non sarà vincolante per gli Stati membri, il suo contenuto influenzerà la legislazione comunitaria e, per questa via, potrebbe creare conflitti con le scelte nazionali. V., inoltre, la discussione di J. KARSTEN e A. R. SINAI, *The Action Plan on European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law*, 26 *J. Cons. L.* 159, 180ss. (2003) in merito alle incompatibilità che potrebbero determinarsi fra norme imperative contenute in un futuro strumento opzionale e norme imperative nazionali (gli autori sono funzionari della DG Consumatori).
- <sup>136</sup> Esplicitamente in questo senso il seguito dato al Libro verde sulla tutela dei consumatori, cit., par. 25, nonché l'art. 4 della proposta di direttiva quadro sulle pratiche commerciali sleali, cit.. V., inoltre, STAUDENMAYER, *The Commission Action Plan* cit., 121s..
- <sup>137</sup> Corte giust., cause C-183/00, C-154/00 e C-52/00, tutte in data 25 febbraio 2002, *Foro it.*, 2002, IV, 294, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI. L'effetto immediato delle tre sentenze è stato di rendere incompatibili con la direttiva 85/374/Cee, interpretata dalla corte come misura di piena

armonizzazione, le regole degli ordinamenti spagnolo, greco e francese che risultavano più favorevoli ai danneggiati.

<sup>138</sup> V. S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Hart Pub., 2002, 41.

<sup>139</sup> V. *supra*, par. 2.2.

<sup>140</sup> O, in alternativa, si suppone che i problemi di tipo distributivo possano essere gestiti con relativa facilità al livello comunitario. V., ad es., H. COLLINS, *From Liberal Rights to Post-national Private Law Regulation*, SECOLA Conference on Sales and Trends in European Contract Law, Roma, 8-9 giugno 2001 ([www.secola.org](http://www.secola.org)) (il compito di eliminare i fallimenti del mercato dovrebbe essere affidato alla Comunità europea, mentre il diritto comune dovrebbe rimanere di competenza degli Stati); C. U. SCHMID, *Pattern of Legislative and Adjudicative Integration of Private Law*, 8 Col. J. Eur. L. 415 (2002) (la codificazione europea potrebbe assicurare maggiore spazio al principio di solidarietà contrattuale, da considerare come necessario contrappeso al principio di libertà contrattuale). Anche JANNARELLI, *La disciplina dell'atto* cit., 115, ritiene che l'intervento comunitario offra risposta alla necessità di differenziare la disciplina del contratto in relazione alle caratteristiche dei mercati.

<sup>141</sup> Sulle dinamiche di evoluzione del diritto privato europeo in un sistema multi-livello v. i numerosi contributi di Christian Joerges, in particolare *European Challenges to Private Law: On False Dichotomies, True Conflicts and the Need for a Constitutional Perspective*, 18 Legal Stud. 146 (1998); *Interactive Adjudication in the European Process ? A Demanding Perspective and a Modest Proposal*, Eur. Rev. Priv. L., 2000, 1; *On the Legitimacy of Europeanising Europe's Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (justum facere) for the EU Multi-Level System*, EUI Working Paper Law No. 2003/03; *Un codice civile europeo è davvero l'unica soluzione ?*, Riv. critica dir. priv., 2003, 3. V., inoltre, J. NEYER, *Discourse and Order in the EU. A Deliberative Approach to European Governance*, Robert Schumann Centre for Advanced Studies, Working Paper No. 2002/57 (<http://www.iue.it/RSCAS/>), per la discussione del quadro istituzionale che dovrebbe servire a realizzare il coordinamento fra i diversi livelli del sistema europeo.

<sup>142</sup> Mette in guardia contro approcci sociologici spregiudicati U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XIII, t. III, Giappichelli, 1999, 204s.: "(p)er evitare che l'interprete, nell'illusione d'essere aderente alla forza dei fatti, si faccia promotore di una sola parola d'ordine (sia, per esempio: dirigista e programmatore in tempo di dirigismo e di programmazione; solidarista in tempi di solidarismo; neo-liberista in tempi di neo-liberismo; difensore delle regole in tempi di ritorno a norme razionali e trasparenti; e così via, quasi all'infinito, secondo la legge dell'eterno ritorno) occorre assumere il punto di vista della storia senza lasciarsi incantare dalle semplificazioni mitiche." La possibilità che il diritto privato diventi uno strumento dello Stato regolatore è suggerita da LA SPINA e MAJONE, *Lo stato regolatore*, cit., 85. V. anche L. NIGLIA, *The Transformation of Contract in Europe*, Kluwer, 2003, per un tentativo di ricostruire i legami fra le caratteristiche politico-istituzionali di Italia, Francia, Germania e Inghilterra e le modalità di attuazione della direttiva sulle clausole abusive.

<sup>143</sup> La tendenza alla cristallizzazione delle strutture istituzionali è confermata da differenti prospettive disciplinari: sociologiche (v. J.G. MARCH e J.P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni*, il Mulino, 1992, nonché *Governare la democrazia*, il Mulino, 1997), politologiche [v., ad es., P. PIERSON, *The Limits of Design: Explaining Institutional Origins and Change*, 13 (4) *Governance* 475 (2000)] e giureconomiche [v., ad es., M.P. VAN ALSTINE, *The Costs of Legal Change*, 49 *UCLA L. Rev.* 789 (2002)].

<sup>144</sup> Come notano MARCH e OLSEN, *Riscoprire le istituzioni*, cit., 65, il ricorso a routine familiari è una delle reazioni prevedibili di fronte a situazioni inedite: "(p)oiché in sostanza la novità non è tanto una proprietà di una situazione quanto una proprietà della nostra reazione ad essa e la risposta organizzativa più comune alla novità consiste nel trovare una serie di routine da utilizzare."

<sup>145</sup> J.P. OLSEN, *Towards a European Administrative Space ?*, ARENA Working Papers 02/26 ([www.arena.uio.no/](http://www.arena.uio.no/)) rileva che, a dispetto di una modesta convergenza verso un modello comune, le strutture amministrative nazionali sono state generalmente in grado di attuare le politiche europee senza alterare gli assetti istituzionali esistenti.

- <sup>146</sup> V. A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford UP, 1994, 28: “(i)f ... ‘market failure’ is accompanied by ‘private law failure’ ... there is on public interest grounds a prima facie case for regulatory intervention”.
- <sup>147</sup> V. N. GUNNINGHAM e al., *Smart Regulation*, Clarendon Pr., 1998, 37: “while each of the main categories of instruments has something valuable to offer, it has substantial limitations as a ‘stand alone’ strategy. Further, we suggest that there are only a restricted range of circumstances in which each category of instrument is likely to work well: no single instrument type works ‘across the board’”.
- <sup>148</sup> V. D. KENNEDY, *The Political Stakes in „Merely Technical“ Issues of Contract Law*, *Eur. Rev. Priv. L.*, 2001, 7 (2001), nonché *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s “Consideration and Form”*, 100 *Col. L. Rev.* 94, spec. 167ss. (2000). Ma v. già *The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum*, 14 *Seton Hall L. Rev.* 1 (1983).
- <sup>149</sup> V. H. COLLINS, *Regulating Contracts*, cit., 62ss..
- <sup>150</sup> Queste differenze spiegano perché è opportuno parlare di parziale e non di completa sovrapposizione.
- <sup>151</sup> V. GUNNINGHAM e al., *Smart Regulation*, cit., 125ss., 422ss., per una tipologia delle principali modalità di interazione fra strumenti di regolazione.
- <sup>152</sup> Sui limiti della *command and control regulation* v., per tutti, GUNNINGHAM e al., *Smart Regulation*, cit., 41ss.; R.B. STEWART, *A New Generation of Environmental Regulation ?*, 29 *Cap. U. L. Rev.* 21, 27ss. (2001).
- <sup>153</sup> V., in proposito, J. FREEMAN, *The Private Role in Public Governance*, 75 *N.Y.U. L. Rev.* 1 (2000); C. SCOTT, *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, *Public Law*, 2001, 329; K.-H. LADEUR, *The Changing Role of the Private in Public Governance - The Erosion of Hierarchy and the Rise of a New Administrative Law of Cooperation – A Comparative Approach*, EUI Working Paper No. 2002/9; J. BLACK, *Enrolling Actors in Regulatory Systems: Examples from UK Financial Services Regulation*, *Public Law*, 2003, 63; R.B. STEWART, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 *N.Y.U. L. Rev.* 437 (2003).
- <sup>154</sup> Il problema della conformazione può essere affrontato da punti di vista e con modalità differenti: estendendo ai gestori privati di servizi pubblici le regole procedurali che assicurano la partecipazione di tutti i soggetti interessati e la trasparenza delle decisioni [v. J. FREEMAN, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, 116 *Harv. L. Rev.* 1285 (2003); A.C. AMAN, *Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law*, 10 *Ind. J. Glob. L. Stud.* 125 (2003)]; introducendo vincoli che garantiscano la realizzazione di obiettivi diversi dall’efficienza [v., con riferimento alla regolazione delegata dallo stato a privati nei settori finanziario e commerciale, S.L. SCHWARCZ, *Private Ordering*, 97 *Nw. U. L. Rev.* 319 (2002)]; prevedendo sistemi di garanzie che garantiscano la legittimità democratica delle forme di autoregolazione con effetti nei confronti di terzi non direttamente coinvolti nella loro preparazione (v. F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolazione*, *Politica del diritto*, 2001, 543). TEUBNER, *Diritto policontesturale* cit., 169ss., rifiuta l’idea di un inserimento di elementi del diritto pubblico nel diritto privato e propone una diversa idea di “ibridazione”, che dovrebbe condurre all’incorporazione di standard sociali nella clausola di buona fede, nelle norme imperative e nei criteri di responsabilità. V. anche A. GAMBARO, “*Jura et leges*” nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, *Europa e dir. priv.*, 1998, 993, 1016, per l’osservazione che gli istituti del diritto privato assumono un ruolo di ripristino della legalità civile nel modello di governo dell’economia che sta emergendo a livello europeo.
- <sup>155</sup> Qualche segnale di cambiamento nello stile dell’azione amministrativa è già visibile, ad es. l’impiego di strumenti di *soft regulation* (v., per alcuni esempi, S.A. FREGO LUPPI, *L’amministrazione regolatrice*, Giappichelli, 1999, 161ss.) o i maggiori spazi concessi all’autoregolazione (di “sostituzione dell’attività amministrativa diretta con forme di autoregolamentazione da parte degli interessati” parla l’art. 20, comma 5, lett. gter) della legge 15 marzo 1997, n. 59, indicazione ulteriormente rafforzata dal nuovo testo dell’art. 20 contenuto nell’art. 1 della legge di semplificazione 2001, approvata dal Senato con modificazioni il 26 giugno 2003). V. anche la direttiva P.C.M. del 27 marzo 2000 sull’analisi tecnico-normativa e analisi di impatto della regolazione (quest’ultima estesa alle autorità indipendenti dall’art. 12 della legge di semplificazione 2001), All. B, che richiede di indicare nella scheda preliminare opzioni alternative alla regolazione, tra cui la “opzione nulla” (consistente nella rinuncia ad alterare la situazione normativa esistente) e l’opzione di deregolazione di tutta o parte della materia, nonché altre eventuali opzioni che non richiedono interventi regolamentari

o legislativi in senso stretto, ad es. adozione di codici di autoregolamentazione, azioni di politica economica, emanazione di direttive esplicative o informative. Indicazioni favorevoli all'autoregolazione sono presenti anche nel parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 20 dicembre 2001, *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, Boll. n. 1-2 del 2002. E' evidente, comunque, una notevole difficoltà a sperimentare strumenti innovativi: v., ad es. OECD, *Regulatory Reform in Italy*, 2001, 165: "(u)se of alternative to regulation is still limited in Italy. Factors, such as a legalistic culture and a regulatory tradition based on administrative procedures and 'command and control' rather than incentive-based instruments, retard their adoption. Risk aversion and mistrust of innovations are characteristic of regulators." Queste osservazioni sono confermate anche dalla limitata utilizzazione delle forme di amministrazione consensuale: v. C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Giuffrè, 2002; A. PIOGGIA, *Gli accordi nell'azione amministrativa fra teoria e prassi: vita e fortuna degli strumenti convenzionali nei primi anni di applicazione della L. 241*, in G. ARENA e al., *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, ESI, 2001, 275. Più ottimistico il quadro tracciato da L. ZANETTI, *Gli accordi amministrativi previsti dalla legge n. 241 alla prova dei fatti: l'affermarsi della negozialità nell'esercizio del potere pubblico*, in ARENA e al., cit., 355. Sembra, comunque, che la preoccupazione principale non sia la revisione degli strumenti di intervento, ma l'introduzione di maggiori garanzie di legalità procedurale per tenere sotto controllo i poteri di cui dispongono le Autorità indipendenti: v., ad es., M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, Siena Memos and Papers on Law and Economics, 11/03 ([www.unisi.it/lawandeconomics/index.html](http://www.unisi.it/lawandeconomics/index.html)), 31ss..

<sup>156</sup> Sottolineano i diversi significati attribuiti all'idea di Stato regolatore sulle due sponde dell'oceano e all'interno dell'Unione europea B. EBERLEIN, *L'Etat régulateur en Europe*, *Rev. fr. sc. pol.*, 1999, 205; M. MORAN, *Understanding the Regulatory State*, 32 *Brit. J. Pol. Sc.* 391 (2002). Critico nei confronti dell'idea di Stato regolatore, sulle orme di Massimo Severo Giannini, M. D'ALBERTI, *Lo stato e l'economia in Giannini*, *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 1087. V. anche, nella prospettiva di un confronto fra le versioni di capitalismo affermatesi in Francia, Germania e Gran Bretagna, V.A. SCHMIDT, *The Futures of European Capitalism*, Oxford UP, 303: "(a)lthough globalization at a very general level and Europeanization on a much more concrete level have promoted convergence in national policies through greater market liberalization, in national practices through greater market orientation, and in national politics through more neo-liberal ideas and discourses, great divergence remains. European countries have not only followed different pathways to adjustment, they are likely to maintain these differences into the future." Anche con riferimento al principale elemento di identificazione dello Stato regolatore, le Autorità indipendenti, è possibile rilevare una notevole varietà di scelte istituzionali: v., ad es., lo *special issue on The Politics of Delegation: Non-Majoritarian Institutions in Europe* (a cura di M. THATCHER e A. STONE SWEET), 25 (1) *West Eur. Pol.* (2002).

<sup>157</sup> A. FONTANAROSA, *Cheli contesta il Codice Gasparri*, *la Repubblica* del 24 maggio 2003, p. 31, riferisce di un parere dell'AGCOM che conterrebbe diverse critiche al codice delle comunicazioni. In particolare, la bozza di decreto attribuirebbe al ministero il potere di adottare misure a tutela della concorrenza e di sorvegliare i prezzi praticati (art. 110), nonché di verificare che la concorrenza non venga falsata (art. 14). Inoltre, l'art. 13 sottrarrebbe all'AGCOM la competenza in materia di prezzi delle linee affittate. Infine, le fonti di finanziamento dell'Autorità sarebbero declassate da necessarie ad eventuali. In seguito a queste osservazioni, il testo del decreto è stato rivisto, ma alcune sovrapposizioni di competenze in materia di sanzioni sarebbero rimaste: v. l'audizione del presidente dell'AGCOM dinanzi alla Commissione IX della Camera dei deputati, seduta del 26 giugno 2003.

<sup>158</sup> Il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, approvato dalla I Commissione permanente della Camera dei deputati nella seduta del 4 maggio 2000, si preoccupa più di garantire il controllo del Parlamento che della necessità di dotare le Autorità di nuovi strumenti. V. anche le considerazioni di M. POLO, *Autorità indipendenti: hanno ballato una sola estate?*, articolo del 2 ottobre 2002 su [www.lavoce.info/](http://www.lavoce.info/). Il governo ha predisposto un disegno di legge che prevede la revisione delle competenze delle principali Authority (v. M. CALDERONI, *E Mazzella "ridisegna" le Authority*, *il Sole 24 Ore* del 12 gennaio 2003, p. 3). Numerose proposte di legge sono state presentate in Parlamento: v., in generale, A. PERA, *Appunti sulla riforma delle autorità: regolazione e concorrenza*, *Mercato concorrenza regole*, 2002, 329, nonché *Autorità indipendenti. Evoluzione della specie e lotta per la sopravvivenza* (a cura di M. CERA, G. PRESTI e M. RESCIGNO), *Analisi giur. econ.*, n. 2, 2002.